UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

FÁBIO BEZERRA DOS SANTOS

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO MEIO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

NATAL
2008

FÁBIO BEZERRA DOS SANTOS

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO MEIO DE CONCRETIZACÃO DO DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Doutor Vladimir da Rocha França

NATAL

2008

Catalogação da Publicação na Fonte. UFRN / Biblioteca Setorial do CCSA
Divisão de Serviços Técnicos

Santos, Fábio Bezerra dos.
A ação civil pública como meio de concretização do direito à saúde na Constituição de 1988 / Fábio Bezerra dos Santos. - Natal, 2008.
326 f.

Orientador: Prof. Dr. Vladimir da Rocha França.
Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito - Dissertação. 2. Ação civil pública - Dissertação. 3. Saúde - Dissertação. 4. Constituição brasileira de 1988 - Dissertação. I. França, Vladimir da Rocha. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/BS/CCSA CDU 34 (81) (043.3)

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO

Título: "A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO MEIO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988".

Mestrando: FÁBIO BEZERRA DOS SANTOS

Dissertação de Mestrado apresentada e aprovada em 14/03/2008. pela Banca Examinadora composta pelos seguintes membros:

BANCA EXAMINADORA

Profº. Doutor Vladimir da Rocha França – UFRN
Presidente

Profº. Doutor André Ramos Tavares – PUC/SP
1º Examinador

Profº. Doutor Gleydson Kleber Lopes de Oliveira – UFRN
2º Examinador

Natal (RN)
Março/2008

7º OFÍCIO DE NOTAS
LUIS CELIO SOARES - TABELIÃO
Maria José Brandão Soares
Nolana de Lima Carvalho
Stephanie Brandão Soares Pereira
Valéria de Lima Cid Medeiros
Ana Claudia Pereira de Aquino-Eliene Silva
Deusladedil Batista de Macedo
SUBSTITUTOS - NATAL/RN
AUTENTICA
Certifico que esta é cópia fiel do original que me foi apresentado a qual autentico. Dou fé.
Natal-RN
05 MAIO 2008
Selo de Autenticidade
ANOREG-RN
AUTENTICAÇÃO
RV016392
Tabelião Público

Dedico este trabalho aos professores, amigos e familiares.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a meu orientador Prof. Vladimir da Rocha França pela confiança e colaboração para elaboração da dissertação e dos nossos trabalhos de pesquisa em conjunto. Também agradeço ao Conselho Nacional de Capacitação de Pessoal de Nível Superior - CAPES, pela bolsa concedida, e ao Departamento de Direito Público da UFRN/Natal, dedicando abraços especiais ao Prof. Yanko Marcius de Alencar Xavier, Prof. José Orlando Ribeiro do Rosário e ao Prof. Vladimir da Rocha França pelo apoio durante a minha permanência por lá.

Aos professores do Curso de Mestrado em Direito, especialmente Prof. Edilson Pereira Nobre Junior, Prof. Vladimir da Rocha França, Prof. Yanko Marcius de Alencar Xavier, Prof[a]. Maria dos Remédios Fontes Silva, Prof. Fabiano Mendonça, Prof. José Diniz de Moraes, Prof. Bento Herculano, Prof. Djason Barbosa Della Cunha e Prof. Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, pela inestimável contribuição, sem a qual a realização deste trabalho não seria possível.

A Professora Maria Zélia Ribeiro da UFCG (Universidade Federal de Campina Grande) que desde a graduação tem me ofertado sólida amizade e valorosos conselhos.

Ao Professor George Salomão Leite, pela amizade, apoio e acesso irrestrito à biblioteca da EBEC (Escola Brasileira de Estudos Constitucionais), desde os tempos de orientação na especialização.

Aos professores do III Curso de Especialização em Direito Constitucional promovido pela ESA/PB (Escola Superior de Advocacia da Paraíba) em parceria com a UNIPE (Universidade de João Pessoa), especialmente Prof. Ingo Wolfgang Sarlet, Prof. André Ramos Tavares, Prof. Antonio Hermann Benjamin, Prof. Delosmar Mendonça Jr., Prof. Marcelo Coimbra, Prof. Geilson Salomão Leite, Prof. George Salomão Leite, Prof. Agassiz de Almeida Filho, Prof. Walber de Moura Agra e Prof. José Augusto de Sousa Peres, por terem contribuído decisivamente para minha formação, ratificando, assim, o desejo pelos estudos aprofundados de direito constitucional.

Aos professores-membros da Banca que qualificou o presente estudo para a defesa pública definitiva: Prof. Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, Prof. Fabiano Mendonça e Prof. Vladimir da Rocha França, os quais contribuíram com valiosas sugestões para a redação submetida ao crivo da última instância.

Ao Prof. André Ramos Tavares, por ter aceitado o convite para integrar a Banca de avaliação definitiva da presente monografia, na qualidade de membro externo, bem como por sua valiosa colaboração e motivação pessoal para o estudo aprofundado.

A Lígia, Danilo e Mariana pela solicitude no atendimento junto à Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da UFRN/Natal.

Aos colegas de Mestrado, pela companhia na longa caminhada para a redação desta dissertação, especialmente aos colegas e amigos Fábio Wellington Ataíde Alves, Carlos Wagner Dias Ferreira, José Augusto Peres Filho, Morton de Medeiros, Diogo Pignataro, Anderson da Silva, Oswalter Segundo, Antonio Gleydson, Fábio Montanha, Rafael Galvão, Fabiano Petrovich, Patrícia Borba e Indhira Cabral.

Ao Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, na pessoa do seu Procurador-Geral José Augusto Peres Filho, pela coragem e empenho na defesa da comunidade norte-riograndense, especialmente na luta pela efetivação dos direitos difusos de consumo, a qual também me serviu de motivação para realização deste trabalho.

Aos alunos de graduação no Curso de Direito da UFRN/Natal, durante o estágio em docência e como professor-substituto, por terem compartilhado suas dúvidas e progressos.

A Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional da Paraíba, em especial aos colegas-membros da Comissão de Defesa da República e da Democracia (Agassis de Almeida Filho, Derly Pereira, Luiz Augusto de Franca Crispin Filho e Arimarcel Padilha), durante a gestão de José Mário Porto Júnior (2007-2009).

A minha família por todas as razões.

Enfim, a todos que acreditam e lutam por seus sonhos, porque me servem de inspiração a todo instante.

RESUMO

O presente trabalho aborda aspectos da dimensão constitucional em que se situa a ação civil pública, com vistas a verificar a sua aptidão para tutela de situações subjetivas derivadas de direitos fundamentais, especialmente o direito à saúde. Deste modo, procura oferecer uma análise direta do funcionamento prático de quase todos os aspectos da ação civil pública, com a fundamentação filosófica e doutrinária necessária à sua compreensão. Como foi (história), como poderia ser (sugestões de reforma), como ele é (atual interpretação da lei) e como deveria ser (análise crítica do microssistema de tutela coletiva de direitos, suas perspectivas, bem como a eficácia da ação civil pública no que se refere à concretização do direito à saúde enquanto direito supraindividual). O objetivo é analisar as principais variantes do tema (por exemplo: os impactos causados à teoria da separação dos poderes) e, assim, poder extrair a filosofia e a teoria geral da ação civil pública e da tutela coletiva em geral, dogmaticamente aplicável ao objeto de estudo. De posse desse manancial teórico, o leitor estará em uma posição mais sólida, não somente para compreender as sutilezas da ação civil pública mas, principalmente, para poder reconhecer as suas falhas e apresentar concretas propostas de reforma e aprimoramento. Constatou-se que ao Poder Judiciário não se admite mais a inatividade diante da negação de acesso à saúde em sua dimensão coletiva (*lato sensu*: difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos), sendo-lhe atribuída novel ocupação que se consubstancia na assunção do papel de órgão colocado à disposição de todos como instância organizada de solução de conflitos coletivos em sentido amplo. Isso ocorre, sobretudo, em razão da presente politização da Justiça, compreendida, então, como ativismo judicial, conectado com a luta das partes em defesa de seus interesses e o acatamento à Constituição no que se refere à concretização das políticas públicas de saúde com qualidade.

Palavras-chaves: ação civil pública, direito à saúde, Constituição brasileira de 1988

ABSTRACT

The work presented here is about aspects of the constitutional extension in which is the public civil action with the objective of verifying its aptitute in tutelaging subjective situations derived from fundamental rights, especially right to health assistance. Thus, it offers a clear analysis of the practical functioning of most aspects of the public civil action (lawsuit), with philosophical foundation and necessary doctrinaire to your comphehension. How it once was (history), how it could be (reform suggestion), how it is (current interpretation of the law) and how it should be (critic analysis of the microsystem of collective tutelaging of rights, its perspectives, as well as the efficacy of the public cilvil action about accomplishment of the right to health as supraindividual right). The objective is to analyse the main version of the theme (for instance: the impacts caused to the dissociation of the Procurations theory), so that it can be extracted the philosophy and the general theory, of the public civil action and collective tutelaging in general, pragmatically applicable to study purposes. With this theorical fountain, the reader will be in a more solid position, not only being able to understand the subtilities of the public civil action, but mainly being able to recognize its faults and present solid reform proposals and improvement. It is know that the Juridical Power (Procuration) does not allow any more inactivity about negating accession to health in its collective dimension (lato sensu: spread, collective stricto sensu and homogeneous individuals), being imputed to it novel usage that consolidates in the assumption of the role instrument set aside to be used by all with organized instancy of solution to collective conflicts in large sense. This happens, overall, because of the current justice politization, understood as juridical activism, connected to the struggle between the groups defending their interests and the acceptance of the constitution about solidifying the public politics of quality health.

Keywords: public civil action, right to the health, brazilian Constitution of 1988

LISTA DE SIGLAS

ACP – Ação Civil Pública

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

ANP – Agência Nacional de Petróleo

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

AP – Ação Popular

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CBPC – Código Brasileiro de Processo Coletivo (Projeto)

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CE – Comunidade Européia

CF – Constituição Federal

CMN – Conselho Monetário Nacional

CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CPC – Código de Processo Civil

EBEC – Escola Brasileira de Estudos Constitucionais

EC – Emenda Constitucional

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

EI – Estatuto do Idoso

EIV – Estudo de Impacto de Vizinhança

IDH – Índice de Desenvolvimento Humano

INMETRO – Sistema Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial

IPEM – Instituto de Pesos e Medidas

FDDD – Fundo de Defesa dos Direito Difusos

IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual

ICP – Inquérito Civil Público

IES – Índice de Exclusão Social

IP – Inquérito Policial

LACP – Lei da Ação Civil Pública

LAP – Lei da Ação Popular

LICC – Lei de Introdução ao Código Civil

LOMPE – Lei Orgânica dos Ministérios Públicos Estaduais

LOMPU – Lei Orgânica do Ministério Público da União

MI – Mandado de Injunção

MP – Ministério Público

MS – Mandado de Segurança

MSC – Mandado de Segurança Coletivo

PIAC - Programa de Incentivo à Adaptação de Contratos

SAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico

SDE - Secretaria de Direito Econômico

SIDA – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUS – Sistema Único de Saúde

SUSEP – Superintendência de Seguros Privados

UFCG – Universidade Federal de Campina Grande

"... o direito processual é o direito constitucional aplicado, a significar essencialmente que o processo não se esgota dentro dos quadros de uma mera realização do direito material, constituindo, sim, mais amplamente, a ferramenta de natureza pública indispensável para a realização de justiça e pacificação social". (Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, *in*: O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo**. RT, n. 137, p. 7-31, agosto de 2006).

SUMÁRIO

1. A TUTELA COLETIVA DO DIREITO À SAÚDE NO CONTEXTO DO *WELFARE STATE* PROPUGNADO PELA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 01

2. O DIREITO À SAÚDE ENQUANTO CONQUISTA SOCIAL 15

2.1 Aspectos introdutórios 15

2.2 O Estado de Bem-estar Social: natureza e características 17

2.3 Imperativos estruturais do capitalismo organizado 27

2.4 Movimentos reivindicatórios e coalizões políticas 27

2.5 Falência e crise do Estado de Bem-estar Social: teorias explicativas 28

2.5.1 Diagnóstico neoliberal 30

2.5.2 Crise do Estado de Bem-estar como crise de legitimação 32

2.5.3 A questão da legitimação no Estado constitucional 33

2.5.4 Crise como conseqüência do capitalismo tardio 36

2.5.5 Crise epistemológica do conhecimento (e do Direito) 37

2.5.6 Crise de formação do Estado constitucional 39

2.5.7 Crise na dogmática jurídica: "formalismo" *versus* "substancialismo" 41

2.6 O diagnóstico da "Terceira Via" e o "Consenso de Washington" 42

2.7 O serviço público como pressuposto de materialização do *Welfare State* 45

2.7.1 O ponto de vista norte-americano 46

2.7.2 O ponto de vista europeu 46

2.8 Serviço público, serviço de interesse econômico geral e serviço universal 49

2.9 Serviço Público no Brasil 51

2.10 O consumidor de serviços públicos na Constituição de 1988: a aplicação do Código de Defesa do Consumidor 53

2.10.1 Serviço público eficiente e serviço público adequado 57

2.10.2 O caráter principiológico de eficiência 59

2.10.3 Hermenêutica constitucional e princípio da eficiência 62

2.11 Controle judicial da atividade administrativa no Brasil: um "novo" viés de superação do ideal tripartite de poder político no paradigma gerencial de Administração Pública propiciado pela constitucionalização da idéia de "qualidade" 64

2.12 Origem, significado e extensão da ordem social constitucional Brasileira 68

2.13 Evolução e localização do direito à saúde 70

2.13.1 Natureza e conceito 70

2.13.2 O direito à saúde nas Constituições anteriores 72

2.13.3 Breves aspectos da saúde no direito comparado 74

2.13.4 Formas de positivação do direito à saúde 76

2.13.5 Direito à saúde para os trabalhadores: o surgimento do direito coletivo (*stricto sensu*) enquanto categoria específica 78

2.14 Saúde: direito de defesa ou direito prestacional? Prevalência do caráter econômico do direito à saúde 80

2.15 O caráter programático do direito à saúde e a reserva do possível: linguagem e discurso como limites aos direitos fundamentais 81

2.16 Desenvolvimento, saúde e meio ambiente 90

2.17 Esfera pública em países periféricos: o discurso da cidadania em saúde e suas implicações (o caso brasileiro) 103

2.18 Dinâmica procedimental para concretização do direito à saúde em face do processo cultural de somatização (multiplicação e transindividualização) de direitos: no limiar da tutela coletiva 107

3. ASPECTOS PROCESSUAIS RELEVANTES PARA O ESTUDO DA 112

TUTELA COLETIVA

3.1 O contexto em que se deu a inserção do processo coletivo 112

3.2 "Somatização" e positivação dos "novos" interesses: "estágios de direitos" 116

3.3 Direito ou interesse? 119

3.4 Clóvis Beviláqua e o (breve) sepultamento das ações coletivas 122

3.5 Do paradigma "atomista" do Código de Processo Civil Brasileiro ao processo não-patrimonial e à prevalência da tutela específica: disposição "molecular" da demanda coletiva 124

3.7 Substratos políticos e sociológicos da tutela coletiva: a tutela coletiva como "processo de interesse público" (*public law litigation*) 125

3.9 O conceito de processo coletivo no direito brasileiro 129

3.10 O Código de Defesa do Consumidor como microssistema de tutela dos direitos coletivos 130

3.12 As *class actions* (modelo norte-americano e brasileiro) e o *Verbandsklage* 133

3.13 Aspectos e requisitos relevantes comuns das *class actions* americanas 135

3.13.1 Objetivos 139

3.13.2 Economia Processual 139

3.13.3 Acesso à justiça 140

3.13.4 Concretização do direito material 142

3.13.5 Representação adequada 143

3.13.6 Publicidade 143

3.13.7 Certificação 144

3.13.8 Execução 144

3.14 Universalização da experiência norte-americana e brasileira 144

3.15 Eficácia dos princípios aplicáveis à tutela coletiva no Brasil 145

3.15.1 O princípio de acesso à justiça 149

3.15.2 Princípio da universalidade da jurisdição e da primazia da tutela coletiva eficiente 152

3.15.3 Princípio da participação 153

3.15.4 Contraditório 154

3.15.5 Princípio do ativismo judicial 155

3.15.6 Princípio da economia processual 156

3.15.7 Princípio da instrumentalidade substancial das formas e do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo 156

3.15.8 Princípio da ampla divulgação da demanda coletiva e da informação aos órgãos competentes 157

3.15.9 Princípio da "extensão subjetiva" da coisa julgada *secundum eventum litis* e princípio do transporte *in utilibus* 158

3.15.10 Princípio da indispensabilidade (temperada) da demanda coletiva cognitiva e princípio da continuidade da demanda coletiva 158

3.15.11 Princípio da obrigatoriedade da demanda coletiva executiva 159

3.15.12 Princípio da "subsidiariedade", do "microssistema" (Código de Processo Coletivo), do devido processo legal coletivo ou da "aplicação residual" do CPC 160

3.15.13 Princípio da não-taxatividade ou da atipicidade da ação coletiva 161

3.15.14 Princípio da adequada representação e do controle judicial da legitimação nos processos coletivos 161

3.16 Procedimentos e leis relacionados à tutela coletiva: projetos de Código de Processos Coletivos 162

3.17 Competência 169

3.18 Limites territoriais à eficácia das sentenças oriundas de ações coletivas 172

3.19 Litispendência, conexão e continência 174

3.19.1 Litispendência entre litígios coletivos 176

3.19.2 Ação coletiva e litispendência entre litígios individuais 178

3.19.3 Continência entre ação coletiva e ação individual 180

3.19.4 A alteração da competência em sede de litígios coletivos 180

3.19.5 Modo de argüição da conexão ou continência 181

3.19.6 Prevenção 182

3.19.7 Da não existência de um juízo prevento universal 182

3.20 Contributo do princípio da eventualidade para a sistematização de demandas coletivas e o princípio da boa-fé enquanto critério informador 184

4. AÇÃO CIVIL PÚBLICA: ASPECTOS PROCESSUAIS E MATERIAIS

4.1 Superação das dificuldades relacionadas à nomenclatura 184

4.2 Conteúdo jurídico da Ação Civil Pública 186

4.3 A natureza jurídica da Lei nº 7.347/85: direito material ou processual? 190

4.4 Interesses jurídicos que justificam a propositura da Ação Civil Pública 192

4.5 Dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos 199

4.6 Aptidão da ação civil pública para a tutela de direitos público-subjetivos 208

4.7 Objeto da Ação Civil Pública 214

4.8 Interesse processual e legitimação para agir 220

4.8.1 Qualificação jurídica da legitimação prevista no art. 5º da Lei 7.347/85 223

4.8.2 Limites à legitimação do Ministério Público à propositura da Ação Civil Pública e Inquérito Civil Público 225

4.8.3 União, Estados, Municípios e seus entes paraestatais. A "solução publicista" 236

4.8.4 Legitimação passiva 242

4.9 A questão do foro competente 247

4.10 Litisconsórcio e assistência (possibilidade de intervenção de terceiros) 254

4.10.1 No pólo ativo 255

4.10.2 No pólo passivo 256

4.10.3 Intervenção do cidadão (individualmente ou em grupo) 259

4.11 Controle de constitucionalidade e Ação Civil Pública 261

4.11.1 O Estado de direito e a necessidade de controle das leis 264

4.11.2 Controle dos atos de governo e tripartição do poder: revisitando o princípio da separação dos poderes 265

4.11.3 Doutrina da possibilidade de aplicação da Ação Civil Pública no controle incidental-difuso de constitucionalidade 268

4.12 Natureza jurídica da sentença na Ação Civil Pública 277

4.13 Disciplina dos limites subjetivos da coisa julgada 278

4.14 Eficácia da sentença e extensão da coisa julgada em sede de direitos individuais homogêneos 283

4.15 Limites subjetivos e territoriais da coisa julgada 285

4.16 Tutelas urgentes, efeitos dos recursos e suspensão de liminar de sentença em sede de Ação Civil Pública 286

4.16.1 Tutela da parte vulnerável como decorrência da ampliação dos poderes e da responsabilidade dos magistrados 286

4.16.2 Prevalência da tutela preventiva em relação às tutelas reparatória e Repressiva 287

4.16.3 Da tutela de danos para a tutela de riscos 287

4.16.4 Possibilidades do provimento liminar e superveniência da sentença 288

4. 16.5 Incidente de suspensão de liminar ou de sentença 289

5 CONCLUSÕES 291

REFERÊNCIAS 297

1. A TUTELA COLETIVA DO DIREITO À SAÚDE NO CONTEXTO DO *WELFARE STATE* PROPUGNADO PELA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Antes de qualquer coisa, uma pergunta deve ser respondida: ainda é válido estudar o direito à saúde depois de passados tantos anos de promulgação da Constituição de 1988? É lugar comum reconhecer que alguns direitos estão à margem da proteção judicial do Estado, especialmente se entendermos a prestação jurisdicional sob o imperativo da eficiência. Como será apresentado, o direito à saúde, colorido na Carta Política brasileira em vigor, é fonte inesgotável de estudo. Ademais, o sistema de modelos jurídicos resultou de tensões fático-axiológicas, verificadas não apenas na sociedade civil, mas também nas movimentações políticas e econômicas, o que amplia sensivelmente sua área de abordagem[1].

Tratemos aqui, pois, do direito à saúde enquanto direito material social a ser prestado pelo Estado (direito a prestações em sentido estrito). Assim sendo, afigura-se salutar verificar as formas de positivação do direito à saúde no texto constitucional, bem como as peculiaridades do seu objeto.

Partindo do pressuposto de que os direitos prestacionais são autênticos direitos fundamentais e que todo texto constitucional é destinado a produzir efeitos jurídicos, portanto, dotados de eficácia, temos, em razão disto, que o direito à saúde, por força do artigo 5°, § 1°, da Constituição é direito imediatamente aplicável[2]. Contudo, as questões que se levantam são: em que medida o direito social à saúde se encontra em condição de gerar plena eficácia? É o direito à saúde um direito público subjetivo? É o direito à saúde um direito líquido e certo? Em que medida a ação civil pública se presta às coletividades e ao indivíduo (em caso de direito individual homogêneo) para exigir do Poder Público a efetiva prestação do direito à saúde?

---

[1] Alusão à teoria tridimensional de Miguel Reale (REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994).

[2] De intróito, admoestamos que tomamos para este trabalho o "conceito total ou culturalista" de Constituição - que, aliás, em nada se contrapõe ao conceito formal -, difuso em dissertação de mestrado defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) por George Salomão Leite. Consoante informa o autor, para Carl Schmitt a Constituição é decisão política; em Lassalle, apresenta-se como um fato social; e em Kelsen a Constituição é pura norma. Como se observa, todas essas teorias são reducionistas. Assim, as Constituições positivas são um conjunto de normas fundamentais, condicionadas e condicionantes pela cultura total, oriundas da vontade política, estrutura e fins do Estado e do modo de exercício e limites do poder político (LEITE, George Salomão. **Interpretação constitucional e tópica jurídica.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 9-13). Outrossim, nesse conceito encontra-se embasada a decisão fundamental dessa monografia, perceptível desde o título na expressão "... na Constituição de 1988", de modo que a presente proposta gira em torno de todo o "sistema", podendo-se afirmar que, em algumas situações, a palavra "Constituição" assume significado semelhante, bem como as mesmas características de circularidade.

Não é, contudo, objetivo deste trabalho aprofundar-se no estudo da semiótica do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana para se buscar quais seriam os limites para uma existência com dignidade, a objetividade ou subjetividade desse direito, ou ainda se a dignidade seria passível de ser fracionada, o que de certo daria uma outra monografia. Entretanto, é salutar a compreensão de que existem diversos níveis de necessidades, o que tem contribuído para a Administração pautar-se por teorias estrangeiras que não refletem com justeza o problema pátrio, como é o casão da teoria da "reserva do possível", com o fim específico de justificar os "limites do possível" que o próprio Poder Público cotidianamente estabelece, em face da fatídica escassez de recursos financeiros sob o perigoso discurso do "mínimo existencial".

O fato de que todas as variáveis estão conectadas e em movimento permanente, reclama a exigência fundamental de conjugação de filosofia e racionalidades múltiplas para o enfrentamento de um estudo transdiciplinar em Direito.

Tal enfrentamento é o cerne do que hoje se chama "crise do Direito". Como destaca Ana Paula Oriola de Raeffray "a perda da confiança nas soluções normativas é evidente, porquanto a norma nem sempre espelha a situação normada"[3].

Desse modo, imperativo que impulsiona o presente estudo, é a não concretização plena e eficiente do direito à saúde. Tudo sem perder de vista o que bem destaca Eros Roberto Grau, ao destacar que buscar o impossível é para o poeta ou para o revolucionário que deveria habitar em cada um de nós. Mas a Constituição e o constitucionalismo não podem ser concebidos senão no quadro da realização humana[4].

Por força de vários dispositivos, o texto constitucional de 1988 assegura a "todos" o direito à saúde. Fato é que mesmo tendo o novo diploma revelado grande avanço no campo social – evolução conjunta de ciências como a antropologia, a filosofia[5], a sociologia, as

---

[3] RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito da saúde de acordo com a Constitucional Federal.** São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 15.

[4] Com inegável razão Eros Roberto Grau ainda destaca que "Não podem sufocar a utopia do homem amigo do homem – homens que já se dividem em proletários e não-proletários – senão assinalar as balizas democráticas da ação dos homens e os programas a cuja concretização esta ação há de voltar-se". Conclui em trecho, o autor em referência com seguinte trocadilho: "Desmitificar, mais do que desmistificar os direitos econômicos e sociais e a utopia da Constituição, isso é indispensável à desalienação do jurista, a quem cumpre honrá-la" (GRAU, Eros Roberto. Realismo e utopia constitucional. In: **Diálogos constitucionais:** Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Coordenado por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martônio Mont'Alverne Barreto Lima. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 143).

[5] A rigor a filosofia não é uma ciência, porquanto não se limita a método algum, mas, sim, consiste no estudo que se caracteriza pela intenção de ampliar incessantemente a compreensão da realidade.

ciências políticas[6] e até da própria dogmática jurídica -, ainda padecemos com a não efetivação de direitos reconhecidamente fundamentais.

Nada obstante o direito à saúde atualmente encontrar-se inserido no mesmo contexto de direitos como o salário mínimo, da assistência social, do direito à previdência social - todos destinados a assegurar ao indivíduo, através da prestação de recursos materiais essenciais, uma existência digna, aliás, conquistas próprias do paradigma epigrafado -, mesmo depois de decorridos tantos anos desde a promulgação da atual Constituição, há que se questionar qual ou quais as razões da não efetivação desse direito tão fundamental à sobrevivência das coletividades, de vez que tal fato, além de ser um desalento para todo o povo brasileiro, se afigura incompatível com a proposta de democracia apresentada pelos constituintes de 1988.

A não concretização das "promessas" constitucionais nos países de modernidade tardia tem reacendido a polêmica discussão que se volta para cidadania como pressuposto de acesso à justiça e à dignidade da pessoa humana, pilares *mor* de todo Estado que se propõe a defender a sua existência por meio de um Direito verdadeiramente justo.

Os arautos da hipótese mencionada recomendam o pensar sistemático acerca dos problemas do ser político (e politizado) e da não efetividade das normas constitucionais em países periféricos - como é o caso do Brasil -, nomeadamente as subscritas com *status* de sociais fundamentais, por seu caráter eminentemente programático, a exemplo do direito à saúde[7].

Afigura-nos óbvio que o direito à saúde encontra-se inserido no contexto dos direitos humanos, uma vez que decorre do próprio direito à vida. Neste sentido, vale a lição de Michael Kloepfer quando afirma que a consideração em separado e de modo aditivo da "vida humana", de um lado, e da "dignidade da pessoa humana", de outro, não faria jus ao tema de maneira totalmente abrangente[8]. Em realidade, o tema só adquire a sua tensão específica quando se trata a vida e a dignidade da pessoa humana não de forma sucessiva, mas em

---

[6] A esse respeito - em consonância com autor imediatamente citado -, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima aclara que a política democrática includente é que manterá a força constitucional, não a retórica idealista (...) esta autonomia é construída no âmago da política, da construção e superação do conflito com o qual toda sociedade verdadeiramente democrática convive" (LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Idealismo e efetivação constitucional: a impossibilidade da realização da Constituição sem a política. In: **Diálogos constitucionais:** Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Coordenado por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martônio Mont'Alverne Barreto Lima. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 384).

[7] Em igual sentido André Ramos Tavares adverte que "Especial dificuldade apresenta os chamados "direitos sociais" ou direitos fundamentais de "terceira dimensão", caracterizados por exigirem a atuação prestacional do Estado (*Welfare Satate*)" (TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional.** Coleção Professor Gilmar Mendes. V. 1. Coordenado por André Ramos Tavares. São Paulo: Método, 2006, p. 111).

[8] KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: **Dimensões da dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.** Ingo Wolfgang Sarlet (Coordenador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 155.

conjunto, como unidade; quando se compreende o "e" não de forma consecutiva, mas de forma conjugada.

Já no preâmbulo da Carta de 88 o princípio da dignidade da pessoa humana, embora não expresso, emerge como cláusula e fundamento do Estado constitucional democrático brasileiro. Todavia, é no corpo da Carta (art. 1°, inc. III), que a dignidade da pessoa humana é apresentada de modo expresso como fundamento da República Federativa do Brasil.

A doutrina alienígena, notadamente Ignacio Gutiérrez Gutiérrez ao citar E. Benda, corrobora a Constituição: "El tenor literal, la estructura y el sentido de la norma constitucional que reconece la dignidad humana postulan, em efecto, su concepción como derecho fundamental" [9].

Também Juan Maria Bilbao Ubillos reconhece a fundamentalidade do direito à vida, ao condenar a pena de morte, a tortura e o tratamento desumano ou degradante, apresentando, inclusive, sua repercussão criminal no ordenamento espanhol: "La protección *erga omnes* del derecho a la vida, 'el derecho fundamental esencial e troncal' (STC 53/1985, de 11 de abril, Fj 3°) e del derecho a la integridad física y moral, que garantiza la inviolabilidad de la persona contra cualquier ataque"[10].

Naturalmente que o imediatamente postulado se aplica ao direito à saúde na medida em que, como já salientado, é um direito que decorre e pressupõe a própria vida, sem a qual não haveria por que se discutir dignidade da pessoa humana, ainda que póstuma, considerando que neste caso, a aplicação incide no período e/ou em razão do que fora vivido.

As denúncias acerca da inefetividade não só aparecem no saber vulgar (não-jurídico), mas a dicção das melhores doutrinas já aponta, desde muito, para o problema da não concretização do direito à saúde, alertando inclusive que os problemas de efetivação assumem dimensão muitas vezes trágica, não sendo raros os casos em que a falta das prestações materiais ceifou a vida dos titulares do direito. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet revela: "É, contudo, no âmbito do direito à saúde que se detectam as maiores dificuldades

---

[9] Tradução livre: "O teor literal, a estrutura e o significado da norma constitucional que reconhece a dignidade da pessoa humana postulam, com efeito, sua concepção como direito fundamental". E. Benda citado por Ignacio Gutiérrez Gutiérrez In: GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez. **Dignidad de la persona y derechos fundamentales.** Madrid/Barcelona-Espanha: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, S. A., 2005, p. 28.

[10] UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **La eficácia de los derechos fundamentales frente a particulares – Análisis de la jurisprudência del Tribunal Constitucional**, Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales – Boletín Oficial del Estado, 1997, p. 782. Em matéria de eficácia horizontal dos direitos fundamentias (a vinculação dos particulares), conferir André Ramos Tavares, **Fronteiras da hermenêutica constitucional,** p. 113 e seguintes.

relativamente à possibilidade de se reconhecerem direitos subjetivos diretamente embasados na Constituição[11]".

Afigura-se um contra-senso que o Brasil seja cotado como uma das maiores economias de mercado[12] do mundo e possua uma Constituição reconhecidamente avançada em sede de direitos sociais, enquanto a maioria das pessoas não conseguem um atendimento de qualidade nos serviços públicos de saúde[13].

Alguns fatores devem ser destacados observando os seguintes contornos: a) nossos indicadores sociais apontam para uma realidade de miséria absoluta; b) a existência paradoxal de setores intensamente modernizados; c) o legado militar, em contrapartida ao endividamento externo, de uma economia internamente industrializada, um mercado interno exigente e um segmento consumidor sofisticado e arrojado; e, d) após longos anos de um itinerário lento e gradual, a insegurança[14] de um quadro institucional que em suas componentes democráticas ainda não se completou[15].

---

[11] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 289.

[12] A respeito da expressão "economia de mercado" entende-se que se trata de um sistema econômico em que decisões referentes a produção, preços, salários etc., são tomadas predominantemente pela interação de compradores e vendedores no mercado, com pouca interferência governamental. Não se pode olvidar em qualquer trabalho com vistas à concretização de uma prestação jurisdicional junto ao Estado, que o direito encontra-se, mais do que nunca, numa perspectiva global de mercados. Conciliar tantos pluralismos jurídicos quanto for possível é um imperativo da economia globalizada, portanto. Sob as expressões "direito da produção" e "direito sistêmico", José Eduardo Faria, com não raro brilhantismo, aborda esse tema destacando que as instituições de direito em face da globalização econômica não mais se resumem ao direito positivo dos Estados-nacionais. O mecanismo de poder agora é expresso quase que inteiramente pelas relações comerciais. Nos aspecto interno, o consumidor é o maior patrimônio que um país pode ter, de modo que o mercado onde incide a soberania nacional é o bem incontestavelmente maior de uma nação. Contudo, o seu marcado interno na basta para sobreviver a uma economia global de mercados. Assim, cambiar é inevitável. José Eduardo Faria chega a falar em "direito de trocas". A integração dá-se pelos costumes, regras e padrões normativos. Nisso reside a idéia assente acerca de *Lex Mercatoria*, a qual consiste num conjunto de regras e princípios reconhecidos pela comunidade empresarial, as quais propugnam a menor interferência possível do Estado-nação. Atualmente já se sabe que o direito empresarial não se adstringe apenas ao circuito comercial, fato facilmente observável na avocação do tema, antes regulado no Código Comercial, para o Código Civil brasileiro de 2002. Conclui o autor: "dito de outro modo, a forma jurídica deste espaço é um '*direito sistêmico*' (no sentido de *economia-mundo* ou do *sistema-mundo*) formado tanto pelas convenções e tratados internacionais quanto, principalmente, pelas redes de acordos informais firmados por instituições financeiras e empresas transnacionais" – grifos originais (FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada.** 1. ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 157-161). O que José Eduardo Faria revela converge para a contemporânea idéia de um "cidadão universal".

[13] KRELL, Andreas Joachim. A falácia da "Reserva do Possível": fruto de um direito constitucional comparado equivocado. In: **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (dês) caminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 26.

[14] Com exatidão Lúcia Valle Figueiredo, informa que há segurança jurídica quando se pode afirmar que a própria ordem jurídica estatui critério para sua realização em termos precisos, objetivos e certos; ou, referenciando Jorge Reinaldo Vanossi, o conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Ato das disposições constitucionais transitórias: arts. 33 e 78 (este último introduzido pela Emenda Constitucional 30/2000). In: **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva.** Coordenado por Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 378 e 380).

[15] FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. **Os direitos sociais e a Constituição de 1988: crise econômica e políticas de bem-estar**, 2002, p. 2.

Nesse contexto, uma pergunta reclama resposta: o Poder Judiciário está preparado para cumprir o seu papel no controle das políticas públicas? [16] Com razão, Jeremy Waldron destaca que embora estejamos comprometidos, em princípio, com a economia do *laissez-fair* e do livre comércio e até podemos aceitar o princípio de liberdade de Stuart Mill, na medida em que diga respeito à interferência da sociedade política na vida privada do indivíduo, não inferimos disso nenhum princípio ou exigência moral de inatividade governamental[17]. Pelo contrário, todos os dias surgem novas exigências, decorrentes da multiplicação de direitos[18], as quais reclamam novel postura daqueles que representam os interesses políticos, inclusive a reforma do serviço público, tudo para que não ocorra a *injusticia legal,* referenciada por Robert Alexy[19-20].

O movimento em defesa dos direitos humanos e a constitucionalização dos direitos, partindo dos primeiros documentos internacionais que surgiram após a II Guerra Mundial, conduziram a ciência do direito a um estágio dotado de elevado teor principiológico – atualmente sob o emblema de "pós-positivismo" -, determinando uma nova ótica para a aplicação de direitos fundamentais[21].

Ao longo do século passado, sobretudo nas últimas décadas, verificou-se a ascensão das massas, com turbulência social irradiada daqueles socialmente excluídos. O modelo de processo individualista não mais estava apto a resolver fenômenos de massa. A palavra de ordem passa a ser isonomia real (e não apenas formal), ombreando fracos e fortes, possibilitando aos primeiros condições de obtenção de seus direitos.

Emerge dessas transformações a idéia de consumidores do direito e não apenas das instituições e órgãos públicos produtores do direito, a qual passa a ocupar posição de destaque no panorama jurídico-acadêmico. Contudo, para atender ao reclamo de resposta aos interesses

---

[16] FARIA, José Eduardo...[et al]. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça.** 1. ed. 4. tiragem. José Eduardo Faria (Organizador). São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

[17] WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**, 2003, p. 7.

[18] Alusão à perspectiva metodológica de Filosofia da História de Norberto Bobbio (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação Celso Lafer. Nova Edição. 3. edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004), a qual dedicaremos mais atenção no capítulo 2.

[19] ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho y otros ensayos.** Tradução Jorge Seña. Barcelona, España: Editorial Gedisa, 1997, p. 15.

[20] Importa destacar que nesse parágrafo as duas correntes que justificam o sistema representativo foram reflexamente abordadas. São elas: a teoria da soberania nacional e a teoria da soberania popular. Esta com o postulado de que todo poder emana do povo e em nome do povo deve ser exercido; e aquela que o poder emana de um espírito nacional, consubstanciado na máxima de que o interesse público (lê-se: interesse do Estado) sobrepõe-se ao interesse individual (BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Essas vertentes, aparentemente dicotômicas, irão se digladiar para tornarem-se detentoras da legitimidade dos atos de governo.

[21] A este respeito conferir a tese de doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, de autoria de David Diniz Dantas (DANTAS, David Diniz. **Interpretação constitucional no pós-positivismo**: teoria e casos práticos. 2. ed. São Paulo: Madras, 2005).

desses "novos consumidores de direitos igualmente novos", o processo clássico e individualista já não mais era suficiente[22].

Nesse sentido, a doutrina moderna afasta a concepção privatista do processo, que o inquire apenas como instrumento de defesa de direitos subjetivos em sentido estrito (individual), estando, portanto, vinculado à vontade das partes, que exercia a titularidade de seus direitos de maneira inequivocamente pessoal (não se exercia como próprio direito alheio)[23].

Noutros termos, o interesse público, na correta atuação da norma jurídica, deve prevalecer sobre o interesse particular das partes. Razão pela qual é assente o entendimento de que o processo, em tempos modernos, persegue dois objetivos: a proteção dos direitos subjetivos *lato sensu* (atualmente já sabe da existência de uma espécie de esfera subjetiva coletiva em sentido amplíssimo) e a defesa da ordem jurídica ou do direito objetivo.

Assume relevância, portanto, a "tutela de direitos coletivos e a tutela coletiva de direitos" - na expressão de Teori Albino Zavaski[24]. Para restaurar o equilíbrio perdido, uma nova tendência começou a se desenhar, no sentido de ampliar o âmbito dos direitos pertinentes a uma ou mais pessoas, determinadas, ou até mesmo direitos coletivos de categorias específicas, ligadas por uma relação jurídica básica, mas para alcançar os interesses de grupos integrados por uma pluralidade de pessoas indeterminadas, embora vinculadas por um mesmo interesse.

Esse fenômeno propiciou o desenvolvimento de duas importantes teorias, coloridas pela concepção comum da coletivização dos conflitos e pela preocupação em proteger interesses pulverizados na sociedade ou em parcelas dela. A primeira consistente na evolução dos direitos humanos, fenômeno que propiciou a criação e inserção de novos direitos híbridos,

---

[22] Hannah Arendt deslinda seu pensamento sobre a ação política do homem, tomando como ponto de partida a observação da pólis grega. Com espontaneidade e respeito à liberdade, a autora alemã investiga o mundo humano (tudo aquilo que constroem com o objetivo de conciliar sua existência com o espaço comum, no qual se comunicam e interagem), traçando a evolução humana sob a perspectiva utilitária da necessidade (em sentido amplo). Assim, percebeu a existência do a) *Animal laborans*: agente do labor, aprisionado às necessidades biológicas, que trabalha para prover sua subsistência, com durabilidade limitada à necessidade de consumo do homem; b)o *Homo faber:* é o agente da fabricação. Sua atividade é produzir artifícios, obras de arte, objetos que propiciarão durabilidade à permanência humana na Terra; e, c) o *Zoon politikon*: é o agente em sua condição pública, o ser político, caracterizado pelo relacionamento com os outros na esfera pública (sob este último enfoque será desfecho do segundo capítulo da presente monografia) (ARENDET, Hanna. **A condição humana.** Tradução Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005).

[23] OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. **Recurso especial.** Recursos no Processo Civil. V. 9. Orientação de Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 18.

[24] O autor propõe nova classificação além da compreensão dos direito coletivos *stricto sensu* e dos direitos difusos, indicando, com esta expressão, de modo implícito, a existência de um processo coletivo *sui generis* para tratamento de direitos a priori individuais, mas que, por comunica-se a um grupo, classe ou coletividade, reclama tratamento coletivo (ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo** - Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista do Tribunais, 2006).

originados da superação da distinção absoluta entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais. Por seu turno, a teoria dos interesses transindividuais, como superação da doutrina individualista do processo, gerou uma nova disposição de direitos e interesses, bem como de sua justicialidade, nunca visto antes.

Com precisão Carlos Weis adverte que os "direitos humanos sociais" estiveram desde o princípio presentes no contexto dos interesses coletivos e difusos. O autor chega a destacar o caráter difuso do direito à saúde ao lado da segurança social e do direito de não sofrer discriminação, já inclusos nas Constituições democráticas modernas e em declarações internacionais dos direitos do homem[25].

Como se sabe, existindo dentro do ordenamento norma jurídica que estabeleça o direito de alguém, e havendo resistência para satisfazer a pretensão do titular do direito, será o caso de perquirir qual (ou quais) instrumento processual é adequado para que a norma irradiadora do direito substancial seja atuada.

Sendo assim, não basta localizar e identificar o direito em questão[26], mas, visando a sua efetividade, faz-se necessário identificar qual o meio processual idôneo à sua concretização. O artigo 75 do CC/1916 chegava a estabelecer que "a todo direito corresponde uma ação, que o assegura"[27]. Atualmente o artigo 5°, XXXV, da CF/88, estabelece que

---

[25] Nesse trecho o autor faz menção ao baluarte italiano Mauro Cappelletti (WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos.** 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 124).

[26] Segundo Ferraz Junior este procedimento – ao qual atribui a denominação de dogmática analítica - visa a dar subsídios plausíveis que integrarão a decisão, ou seja, criar argumentos sustentáveis de modo que a decisão não seja aleatória, não transmita meros conteúdos impostos e sem sentido. Para isso, o jurista parte de um ponto inicial do qual serão feitos questionamentos que o levarão à obtenção do direito. Através do princípio da inegabilidade dos pontos de partida o aplicador deve se basear na norma – considerando norma como elemento composto de significados – para iniciar o seu raciocínio e dar inicio à análise, quando será realizada a regressão e a sistematização do(s) direitos(s) sob apreço. Para a dogmática, a norma que interessa é "jurídica"; segundo o autor esta "Ganha significação a partir do mais alto grau de institucionalização da relação emissor/receptor". A relação de complementaridade (emissor/receptor – subordinante/sujeito) é o que classifica a norma. O processo de comunicação, dentro do comportamento social, expectativa a partir do momento que o receptor tem a possibilidade de acertar, negar ou "desaceitar" a mensagem do emissor. No momento que o receptor "desaceita" a mensagem, o emissor vale-se do reconhecimento do conteúdo por terceiros o que vai caracterizar a institucionalização dessa relação e consequentemente a norma como jurídica. Embora a institucionalização normativa diminua, dentro do universo de plurisignificação das relações sociais, a quantidade de expectativas, ela não dá conta do processo como um todo, visto que ainda, em algumas situações existem mais de um significado. Para ir de encontro a esse objetivo, a sociedade criou artifícios que diminuem ainda mais a plurisignificação normativa, são: a pessoa, o papel social, os valores e as ideologias, que se enquadram dentro das respectivas complexidades das relações. Saindo da conceituação e classificação da norma entra-se na discussão de pelo menos duas grandes dicotomias da dogmática: direito público e privado, e direito objetivo e subjetivo (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2003, p. 93 e seguintes).

[27] O artigo 75 do Código Civil de 1916 estabelecia que "a todo direito corresponde uma ação que o assegura". Entendemos que o fato do Código Civil de 2002 não trazer menção expressa com esse conteúdo, não implica em prejuízo algum, considerando que, como salientado, assegurar os meios para a efetivação das normas é algo inerente à própria existência do Estado. Ademais, já existe na própria Constituição (art. 5º, XXXV) a garantia de lesão ou ameaça a direito não fugirá da apreciação do Poder Judiciário.

nenhuma lesão ou ameaça a direito fugirá à apreciação do poder judiciário. Deste modo, o ordenamento jurídico brasileiro criou algumas ações constitucionais, legitimando direta ou indiretamente o cidadão, para buscar determinado provimento jurisdicional.

O reconhecimento de direitos sociais despersonalizados fez cogente a instituição de mecanismos procedimentais destinados à defesa desses interesses, que tiveram sua eficácia ampliada no direito processual brasileiro a partir de 1985, com a publicação da LACP (Lei da Ação Civil Pública). De seus princípios, e daqueles oriundos de normas que vieram a complementá-la e a integrá-la, surgiu autêntica revolução nos mecanismos processuais, com a revisão de inúmeros conceitos historicamente sedimentados.

Dentre os diversos direitos concretizáveis por meio da ação civil pública, propomos o direito à saúde, sobretudo em razão de sua íntima conexão com a vida humana, como também pelas crises que levam a sua inefetividade total ou parcial do serviço público de saúde no Brasil.

Decorre, pois, da utilidade das leis ou da exigência perpétua de justiça[28], que os direitos, especialmente aqueles cristalizados com *status* de fundamental, sejam concretizados. Trata-se mesmo de razão contratualista, do compromisso assumido pelo Estado[29]. Assim, para cada direito deve ser assegurado um ou mais meios processuais de acesso e implementação dessa parcela de justiça. De outro modo, não faria sentido algum existir o direito material se, quando negados, não houvesse meios para efetivá-los.

Já não se tratam de meros direitos subjetivos (posições de vantagem), dentre os quais se poderia enquadrar os patrimoniais privados de caráter individual, mas de direitos subjetivos públicos[30] consubstanciados em prestações estatais positivas ou negativas anteriormente referidas. O provimento jurisdicional ganha foro de preservação ou implementação de "liberdades públicas", sob as bases da mensagem constitucional atual, na qual o cidadão possui créditos a serem cobrados junto ao Estado.

Nessa perspectiva, já defendemos noutra oportunidade a aplicação do CDC (Código de Defesa do Consumidor) às relações de consumo de serviços públicos. A este fenômeno vem sendo atribuída a equívoca nomenclatura de "ideário do usuário/consumidor". Outrossim, não

---

[28] BOBBIO, Norberto. **Locke e o Direito Natural.** Brasília: UNB, 2006, *passim.*

[29] SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política.** Coleção Justiça e Direito. Tradução: Fernando Santos. Revisão de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 6.

[30] Direito objetivo é aquele que não pertence a ninguém socialmente, é um dado cultural composto de normas e instituições. Já o direito subjetivo faz dos sujeitos titulares de poderes e obrigações, podendo ser considerado também a garantia do que foi conferido pelo direito objetivo. Ainda no contexto do público e do privado vale salientar dois conceitos importantes, o de capacidade e competência para diferenciar o "agir" no âmbito publico e no privado. A capacidade expressa uma aptidão; o sujeito de direitos e deveres. Já a competência sana o poder jurídico doado ao órgão da pessoa jurídica, o sujeito da forma as relações jurídicas de terceiros.

é demais destacar a existência de vasta doutrina, focada na teoria da soberania nacional, de posicionamento contrário a essa idéia, especialmente aquelas que professam um direito dominante, voltadas quase que exclusivamente para o controle e a manutenção da ordem[31].

Trata-se mesmo de uma ação (coletiva) que se dirige para o controle da constitucionalidade de atos normativos (administrativos, portanto) inseridos no âmbito da jurisdição constitucional das liberdades, seja para reclamar inação (omissão do poder público em garantia de direito - defesa), seja para pedir que cesse uma injustiça (comissão - prestação); podendo, ainda, caber responsabilização da parte que deu causa ao dano. Como se observa, a Ação Civil Pública tem se revelado instrumento de grande utilidade, mas que ainda não revelou todo seu alcance.

Descobrir a totalidade do espectro jurídico da Ação Civil Pública é de importância estrutural para o ordenamento pátrio. Para tanto, será necessário adentrar no domínio do Direito Processual Constitucional, ramo da ciência jurídica que na opinião de boa parte da doutrina ainda não se firmou; bem como na defesa da Constituição no que se refere aos direitos sociais e, de maneira especial, ao direito à saúde.

É princípio de hermenêutica fazer remissão a dispositivos de outra lei de mesma hierarquia, sobretudo quando estes se incluem na compreensão daquela, passando a constituir parte integrante do seu contexto. Tal fato decorre da concepção de que num sistema nenhuma norma deve ser construída isoladamente. Partindo dessa premissa, à luz da Constituição, buscar-se-á a constatação da imbricação da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública - LACP) com a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC), no que concerne ao objeto de estudo, com o objetivo de verificar, na seara dos direitos transindividuais, a complementaridade dessas leis, bem como a idoneidade da ação civil pública para a concretização desses direitos, focando os resultados na saúde enquanto direito supraindividual prestacional fundamental.

Destarte, cresce em complexidade, o presente estudo com a dupla abordagem - processual e material -, especialmente se considerarmos a aplicabilidade do CDC em favor do consumidor de serviços públicos e sua relação com a LACP.

Tais argumentos, entretanto, nada obstante evidenciem a importância dispensada aos processos coletivos, são insuficientes para apontar qualquer resposta às questões de "quem" é o titular do direito e de "como" se dará a "adequada representação" processual (legitimação

[31] BEZERRA DOS SANTOS, Fábio; SOUZA, Marina Josino da Silva. O princípio constitucional da eficiência na defesa do consumidor de serviços públicos. In: **Revista Direito e Liberdade.** V. 5, N. 1, p. 399. Mar. 2007. Edição Especial. ESMARN - Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte/Região Oeste.

ativa e passiva) desses novos direitos da "litigação de massa"; assim como não respondem à questão de "quem" e em que grau será atingido pela imutabilidade e indiscutibilidade aderente à sentença, com o advento da "coisa julgada transcendente".

O fim da precitada jornada acadêmica consiste, pois, na busca por sacar da Constituição o real sentido e alcance conferido às normas em questão (material e instrumental), observando os contextos que cercam a problemática que se examina (a organização da estrutura judicial, distribuição da competência entre os diversos órgãos da jurisdição, princípios gerais do processo constitucional, tais como o contraditório, o devido processo legal, eventualidade, proporcionalidade etc., e demais valores constitucionais correlatos).

Em que pese a importância das demais modalidades de tutela coletiva (mandado de segurança coletivo, argüição de descumprimento de preceito fundamental, mandado de injunção, ação popular etc.), como anunciado, o presente estudo, sem desmerecer a eficácia desses instrumentos, queda por privilegiar a ação civil pública como meio de concretização do direito à saúde em razão de sua larga utilização, fato comprovado por farta jurisprudência das cortes superiores, bem como pela ampliação do seu objeto, com o advento da Lei Federal nº 8.078/90, o CDC.

Outrossim, tais ações também podem ser propostas em face de pessoas privadas, notadamente quando manejadas em direção ao Estado (serviços públicos realizados por particulares), denotarão por meio deste inter-relacionamento cidadão/Estado participação e controle popular nas atividades estatais. A ação civil pública, prevista no artigo 129, III, da CF/88 e na Lei 7.347/85, é um desses instrumentos. Sua idéia de fundamentalidade material insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. Daí por que mesmo sem estar topicamente dentre os direitos fundamentais, pretende-se provar que a ação civil pública merece esse *status*, pois, instrumentaliza conteúdos típicos de defesa e construção da cidadania.

Temas como a concretização dos direitos fundamentais, poder discricionário da Administração Pública, controle jurisdicional, estão em processo de maturação no Judiciário[32]. Assim, a possibilidade jurídica de pedir por meio de ação civil pública, é um

[32] Marcelo Neves informa que, de acordo com a concepção de Friedrich Muller, a norma jurídica compõe-se do programa normativo (dados lingüísticos) e do âmbito normativo (dados reais). A estrutura normativa resulta da conexão desses dois componentes da norma jurídica. Deste modo, a concretização da norma jurídica, sobretudo da norma constitucional, não pode ser reduzida à "interpretação aplicadora" do texto normativo, o qual oferece diversas possibilidades de compreensão e constitui apenas um aspecto parcial do programa normativo. Neste sentido, o autor esclarece que "normatividade" é a propriedade dinâmica da norma jurídica de influenciar a realidade a ela relacionada (normatividade concreta) e de ser, ao mesmo tempo, influenciada e estruturada pro

tema bastante instigante. Questões do tipo: qual o limite, o objeto, prestações jurisdicionais possíveis, o alcance da ação civil pública, reclamam a atenção dos pesquisadores.

Como se examinará, os provimentos jurisdicionais obtidos por meio de outros instrumentos de tutela coletiva são incompletos, porquanto impedem pedidos de indenização ou de condenação em obrigação de fazer ou não fazer. Deste modo, cresce mais ainda em importância o estudo da ação civil pública, sobretudo no que tange à tutela de direitos fundamentais.

Essas ações que provocam o exercício da jurisdição constitucional para "tutela jurídica da ordem subjetiva" [33], especialmente porque no trato com direitos fundamentais o alto grau de interesse público torna-se evidente, fato que tem determinado um procedimento especial (regulado em leis extravagantes) em relação ao "clássico" Código de Processo Civil (CPC), contudo ainda integrantes do processo civil dito comum.

O processo nesses casos é *sui generis*, portanto, possuindo aspectos não só do processo de conhecimento, como também do processo cautelar e do processo de execução. A esses processos dá-se a execução provisória da sentença. São, acima de tudo, ações cognitivas, nas quais, em geral, há uma concentração do iter procedimental, por suprimidas a possibilidade de produção de provas em momento especialmente destinado a isso. Assim, as provas, em geral, são pré-constituídas e apresentadas já com a inicial, e a necessidade de produzi-las posteriormente, em se fazendo presente, faz com que se remeta a ação para o rito comum ordinário[34].

Neste exato momento da pesquisa, ganha novel relevância o princípio da eventualidade, especialmente no que se refere à tutela coletiva de direitos igualmente coletivos; isto porque, em sua conceituação ampliativa, é princípio segundo o qual as partes têm o ônus de apresentar, concentrada e simultaneamente, em um único ato, todas as alegações e meios de prova pertinentes, ainda que de natureza diversa ou incompatíveis entre si, para a eventualidade de não ser acolhido algum dos argumentos utilizados, cabendo ao juiz utilizar o subseqüente. Também denominado de "princípio de ataque e defesa global",

---

esse aspecto da realidade (normatividade materialmente determinada). Se o âmbito normativo não se constitui de forma suficiente, a normatividade do respectivo texto constitucional é atingida. (NEVES, Marcelo. Concretização constitucional *versus* controle dos atos municipais. In: **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva.** Coordenado por Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 568).

[33] Expressão referente ao processo de tutela dos direitos fundamentais.

[34] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais.** 4. ed. revista e ampliada. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 11.

"princípio de acumulação eventual" ou "princípio da concentração"[35], entendemos que este substrato conceitual e principiológico coaduna com evidente caráter público (natureza) da ação coletiva (*fair notice*[36]).

A opção por abordar, ainda que brevemente, a produção de prova conglobante, se deve à preocupação com a maximização da eficácia do instrumento em exame, com vistas à eficiente concretização do direito à saúde (celeridade com justiça), considerando sua necessidade em sede de juízo (prévio) que verifica o núcleo de homogeneidade em razão de relevante interesse social, ou seja, a idoneidade da tutela coletiva de direito ou interesse inicialmente individual por meio da ação civil pública, e o grande número de pedidos de antecipação de tutela (cautelares), sobretudo em razão do risco de esvaziamento do direito, caso sobrevenha a morte do peticionário ou danos irreversíveis a sua saúde (ou integridade física), em particular, pela demora na prestação jurisdicional.

Ao término do trabalho pretende-se comprovar que o processo de tutela dos direitos fundamentais deve ser desenvolvido conscientemente como um processo de natureza constitucional, da mesma forma que as ações previstas no ordenamento jurídico para garantir esses direitos são ações constitucionais fundamentais - direitos fundamentais, portanto.

A perspectiva de um sistema de tutela coletiva de direitos ganhou azo a partir do momento em que o artigo 117 do CDC passou a interagir com a LACP, maximizando a tutela dos interesses e direitos transindividuais já identificados pelo legislador e instituindo um sistema processual coletivo até então inexistente em nosso país.

Por mais metódico que seja o exame, é impossível entender uma ação fora todo que a compreende. Não é possível compreender o direito processual sem conhecer o direito material e o sistema jurídico como um todo; e não é possível conhecer um sistema jurídico de um povo sem compreender a sua cultura nas esferas social, econômica e política. Nisso reside a idéia de "interpretação conforme a Constituição", já assente no Supremo Tribunal Federal.

Igualmente, se insere no contexto desse estudo as ações de classe americanas, porquanto têm servido de fonte inspiradora da sistemática de tutela coletiva brasileira, no que opinamos por chamar de processo de angloxanização do Direito pátrio, o qual se deu por meio da "abertura" propiciada pelo reconhecimento da eficácia dos princípios e da insuficiência dos códigos.

---

[35] TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. **O princípio da eventualidade no processo civil.** Coleção temas atuais de Direito Processual Civil, v. 10. Coordenadores: Luiz Guilherme Marinoni e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 24.

[36] A publicação de edital no órgão oficial, ampla divulgação pelos meios de comunicação social (semelhante ao *fair notice* dos sistema das *class actions*), permite a intervenção daqueles que desejam ingressar no processo como litisconsorte e, assim, evitar sofrer os efeitos da coisa julgada *pro et contra.*

Atualmente a ação civil pública apresenta um largo espectro social de atuação, permitindo o acesso à justiça de certos interesses "metaindividuais" que, de outra forma, permaneceriam no "limbo jurídico"; hipótese, portanto, de instrumento eficaz de acesso à ordem jurídica justa, apto a realizar os seus verdadeiros escopos jurídicos, políticos e sociais, a qual pretendemos confirmar como instrumento idôneo para a defesa do direito à saúde em sua dimensão coletiva.

Apresentado o problema, resta-nos a perspectiva de brindar a dogmática com uma racionalidade capaz de adaptar o sistema jurídico para responder, com boa técnica e eficiência, à demanda social e política que se apresenta. Nesse sentido, busca o presente estudo dar sua parcela, ainda que breve, de contribuição nesta histórica empreitada.

O trabalho foi mapeado por um estudo exploratório e bibliográfico, utilizando-se a análise de conteúdo no intuito de categorizar e proceder às interpretações o objeto de estudo. À análise, conjugou-se o método dialético, especialmente em razão da dinâmica que lhe é própria, através do exercício tese-síntese-antítese, a fim de apurar resultados capazes de solucionar os problemas colacionados, fato que impõe o princípio da eficiência como baliza hermenêutica para a realização do presente trabalho.

Bem assim, com vistas à captação dos vários *topois,* o estudo tende a avançar no terreno da transdisciplinaridade, fato que recomenda a variação de métodos no transcorrer da pesquisa. Destarte, recorremos em muitos momentos do trabalho aos métodos histórico, sociológico, entre outros, imprimindo uma abordagem filosófica ao exercício analítico, em busca de uma narração crítica da razão decidida - nos termos harbermasianos – em torno dos direitos fundamentais, pondo em destaque o direito à saúde na Constituição brasileira de 1988.

2. O DIREITO À SAÚDE ENQUANTO CONQUISTA SOCIAL

2.1 Aspectos introdutórios

Em toda petição é necessário apresentar o fato constitutivo que autoriza a causa de pedir. Igualmente, exigir uma prestação social do Estado também significa ir de encontro a uma justificativa racional que o obriga: o contrato social. Esse contrato instituiu como árbitro o Estado capaz de repassar de maneira eqüitativa as liberdades que lhes foram confiadas[37].

Aparente equação irresolúvel se instala se formos pensar se é possível, sem romper com a lógica e sem transgredir os limites da linguagem, um contrato ou uma convenção sem a

[37] Da carência de previsibilidade das decisões capaz de restaurar a confiança entre governantes e governados e do esforço racional nasce o positivismo jurídico como empenho em transformar o estudo do Direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse características semelhantes às das ciências físico-matemáticas e naturais. Para tanto, o positivista exclui de sua análise os "juízos de valor", passando a emitir apenas "juízos de fato", isto por que este consiste na tomada de conhecimento da realidade, enquanto aquele representa, ao contrário, uma tomada de posição frente à realidade. Assim, novas formas de pensar os problemas da saciedade determinaram o surgimento de tradições racionalistas. Todas as tradições – utilitarista, marxista e contratualista – , as quais foram moldadas de maneira decisiva pelo Iluminismo, exercem sua influência nos moldes de Estado Social modernos, por via de regra no Direito Positivo global-ocidental (Ian Shapiro, op. cit., p. 6). Esses movimentos filosóficos, intimamente relacionados com o positivismo jurídico, têm como objetivo racionalizar (tornar funcional, operacional, noutras palavras: dogmatizar) a vida social baseando-a em princípios científicos. Existia (e ainda existe) nesses movimentos de transformação, um poderoso impulso normativo para levar a sério o ideal de liberdade humana, expresso em uma doutrina política dos direitos individuais. O utilitarismo norte americano lastreia seus fundamentos na afirmação de que a legitimidade dos governos está ligada à sua vontade e capacidade de maximizar a felicidade, não importando a hierarquia do mecanismo normativo se a concretização dos princípios democráticos for conseguida. O marxismo difere no que se refere à exploração, às relações tanto desta com o trabalho quanto com os sistemas políticos e econômicos, e no papel das instituições políticas no que se refere a sua erradicação. Todavia, em todas as interpretações marxistas as instituições políticas carecem de legitimidade na medida em que chancelam a exploração, e ganham-na na medida em que promovem sua antítese, a liberdade humana. O contratualismo tem como seu maior representante Jean-Jaques Rousseau, com o expoente literário 'O pacto social'. Contudo, muitas críticas são feitas às sua teorias, sobretudo as que 'explicam' a origem do Estado. Indaga-se se houve um consenso verdadeiramente consciente (como propôs Rousseau), tácito como remediam os jusfilósofos apaziguadores, ou, ainda, se não houve pactuado algum. Neste último caso, o homem como produto do meio, pelo meio é criado, não havendo mais por que se discutir ato de vontade tácita ou consciente. O fato é que atualmente essas tradições de pensar, ao mesmo tempo que determinam também são determinadas pela vontade humana, o que determinou o surgimento de uma nova área de estudo, que tem com produto várias teorias, todas relacionadas à compressão dos interesses que motivam o ânimo das pessoas e das coletividades, bem como os liames que separam a esfera privada da pessoa da esfera pública onde se encontra inserida, são elas: teoria da vontade, teoria do interesse, teoria da faculdade, teoria da ação lícita, teoria do assenhoramento, teoria da garantia, teoria da pretensão, entre outras (sobre estas teorias ver: LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos: consumidor - meio ambiente – trabalho – locação - autor**. 3. ed. rev. atual. e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 44-54).

presença do elemento "vontade consciente". Noutras palavras: há consistência numa vontade inconsciente voltada para a atributividade? [38]

A contribuição de Rousseau reside não no fato de apregoar um contrato em si, com todos os elementos que o constitui, mas, sobretudo, no fato de verificar que as pessoas não doam liberdade sem esperar algo mais compensador em troca, ou seja, mais liberdade. E toda troca, de fato, não deixa de ser um contrato, que quando descumprido, revolve às condições da permuta. Nesse sentido, é possível exigir do Estado que resolva ou devolva-lhe a liberdade tomada a pretexto da reciprocidade e da atributividade, que negadas têm o condão de tornar indevido o monopólio do Estado. Isto é algo que se processa invariavelmente de maneira inconsciente, movido apenas pelo sentimento de justiça, fator permanente de correção.

Enfim, troca é transferência mútua e simultânea de coisas entre seus respectivos donos. Nesse sentido, sendo a liberdade própria de cada pessoa, está-se diante da maior de todas as "propriedades", donde se origina todos os direitos e garantias do homem contemporâneo: a liberdade de construir a própria felicidade[39]; o que sobreleva em significado e complexidade o pacto social.

A convenção social é produto da necessidade de agregação entre os homens para a formação de uma força comum que acastele adequadamente os interesses individuais de cada um, contudo, sem que isso insinue a eliminação da liberdade ou a sujeição à vontade alheia.

Nesses termos, a organização do Estado representa um estado de igualdade, já que para a formação da força coercitiva dessa convenção, todos entregam suas liberdades em módulo. Contudo, a solidariedade – a qual ao mesmo tempo em que motiva também renova o pacto -, igualmente determina que diferentes necessidades sejam alcançadas pela proposta[40].

A espinha dorsal desse pacto reside mesmo na "atributividade". Significa que a todo direito deve corresponder uma obrigação pelo menos; como, por exemplo, a de reconhecer o mesmo direito e em igual medida para o outro sujeito (reciprocidade, isonomia).

O contrato celebra-se entre três partes: um indivíduo, outro indivíduo (ou demais indivíduos que juntos compõem a sociedade a que se refere a ordem: grupo, classe ou

---

[38] Atributividade é a nota essencial do Direito que se traduz no estabelecimento de uma relação jurídica, que quando iniciada vincula um indivíduo a outro, ou ao Estado. Em outras palavras, é a possibilidade jurídica de exigir uma contraprestação. A atributividade reside no direito de poder exigir a atuação do arbitro (o Estado dotado do monopólio da violência) para resolver o contrato caso a outra parte se negue a cumpri-lo. Este fato será verificado tanto na obrigação do Estado de agir, quanto de abster-se de determinadas práticas porque injustificáveis com base nas premissas em que se estabeleceu o contrato, sob pena de resolução do pacto.

[39] Norberto Bobbio, 2004, *passim*.

[40] CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, perfaz interessante estudo acerca do assunto, o qual retomaremos mais adiante.

coletividade) e o Estado, agora dotado de personalidade jurídica e, hodiernamente, comprometido com a realização do homem.

A respeito desse Estado voltado para o bem-estar social pleno (*Welfare State*), Paulo Bonavides, com exatidão, informa que surgiu a partir das críticas e do conseqüente esgotamento dos postulados do liberalismo econômico (individualismo), já observável desde as últimas décadas do século XIX, mas que se tornou evidente quando do fim da Primeira Guerra Mundial[41].

Assim, passemos à análise dos pressupostos teóricos que autorizam perquirir acerca da efetividade com eficiência do direito à saúde enquanto serviço público juridicamente tutelado pelo *Welfare Satate,* ou Estado do Bem-estar Social, numa perspectiva supraindividual.

2.2 O Estado de Bem-estar Social: natureza e características

Como destacam François Châtelet e Évelyne Pisier-Kouchner, houve um resgate do Humanismo, no que se refere ao plano ético. O mesmo humanismo que guiou e fundamentou o conjunto institucional que compõe as liberdades públicas e o espaço privado da autonomia do *homo economicus*, que tanto serviu ao liberalismo e à classe burguesa e, no entanto, por ela traído, pelo menos em seu sentido mais material[42].

Para além do marxismo - que não pode se pretender humanista, nem aceita que qualquer conjunto de instituições jurídico-políticas possa ser compatível com a justiça e prega a dissolução do político no social - a incapacidade do liberalismo de pôr de acordo o Direito com o fato social, em que pese a tentativa de reavivar o discurso humanista, substituindo sua concepção meramente formal burguesa por uma concepção material, através da crítica socialista. Todavia, do mesmo modo que empregam a crítica marxista - da exploração do capital sobre as massas trabalhadoras -, de modo geral, sob o *slogan* da social democracia, acabam abandonando alguns aspectos como o materialismo histórico, a doutrina do antagonismo irredutível de classes, o fatalismo da revolução e da ditadura proletária e, até

[41] BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. ed., 2. tiragem, rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 227-228.
[42] CHÂTELET, François; PISIER-KOUCHNER, Évelyne. **As concepções políticas do século XX:** história do pensamento político. Trad. de Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. Rio de Janeiro: Zahar, 1983, p. 83.

mesmo, a questão do progressivo e inflexível empobrecimento e a conseqüente homogeneização do proletariado[43].

Neste sentido, Giovanni Semeraro revela que o maior desafio percebido por Gramsci é resgatar os alicerces da filosofia da práxis criticando as "combinações" e as instrumentalizações realizadas pelas correntes idealistas, onde intelectuais "puros" não deixaram de se apropriar de diversos elementos dela para "robustecer" e "rejuvenescer" suas concepções de "filosofismo especulativo"[44].

O autor em referência, ainda revela que Gramsci não se limita apenas a reabilitar a filosofia da práxis das distorções históricas e ideológicas. Sua finalidade é realçar a carga de ruptura e de novidade da filosofia da práxis. "A reabsorção do marxismo dentro dos parâmetros da velha filosofia burguesa esvazia seus conteúdos mais originais e revolucionários", além de consubstanciar a forma mais temida de "revisionismo", presente, inclusive, nas posições de marxismo ortodoxo [45].

Por tudo o que se busca é a compatibilização dos direitos individuais com a justiça social, entendendo-se esta, como sendo um elemento indispensável à integral concretização - sobretudo material – dos direitos individuais. Para a realização desse intento, avocam o regime político e as instituições democráticas considerando até mesmo, a própria idéia de filosofia individualista que as sustenta.

Ainda na esteira de Châtelet e Pisier-Kouchner, o inimigo da social democracia não é, com efeito, a doutrina dos direitos do homem, nem as liberdades públicas ou a autonomia privada, mas a forma com que o liberalismo econômico realizou tais conceitos através da abolição dos estamentos, da igualdade meramente jurídica e da proibição da intervenção do Estado na sociedade, exceto para a proteção da propriedade e do capital[46].

Nesse sentido, pode-se afirmar que o que ofereceria à declaração dos direitos do homem toda a sua acepção e concretização, seria a construção de um Estado distribuidor, comprometido com a abolição da injustiça social e das desigualdades de oportunidades[47].

Tem-se, sob outra perspectiva, que as idéias de eficiência e de racionalidade - intrínsecas ao mercado - também foram colocadas à prova. Cada indivíduo, ao ansiar por seu

---

[43] BOBBIO, Norberto. **Nem com marx, nem contra marx.** Organização Carlo Violi. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: UNESP, 2006, p. 299-306.
[44] SEMERARO, Giovanni. **Gramsci e a sociedade civil.** Cultura e educação para a democracia. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 109.
[45] Giovanni Semeraro, op. cit., p. 109 (em nota de rodapé).
[46] François Châtelet e Évelyne Pisier-Kouchner, op. cit., p. 102-103.
[47] Ulysses Guimarães chegou a afirmar que "O homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania" (em prefácio à Constituição Federal de 1988, edição lançada oficialmente pelo Senado Federal).

próprio interesse, acaba garantindo o interesse coletivo e o conseqüente aumento da riqueza nacional[48].

Infere-se, pois, que tudo isso deve ser efetivado dentro de um ambiente que possa ser considerado neutro no que se refere ao poder, e ao mesmo tempo, liberto em relação a uma dominação a qual constituiria justamente o mercado. Todavia, tal concretização, está condicionada à idéia de magnitude da divisão do trabalho e da liberdade dos agentes econômicos para contratar negociando seus interesses de maneira recíproca. É o que se pode chamar de nossa utopia verdadeira e necessária. O que nos mantém firmes no propósito de realização do homem.

Consoante informação de Norberto Bobbio, qualquer política econômica ou social implementada pelo Estado para assegurar resultados de eficiência ou de justiça representaria a utilização de um meio artificial para obter resultados já inscritos na ordem natural da vida econômica[49]. Assim, percebe-se que a esfera política reduz-se - no liberalismo econômico -, a afiançar o irrestrito funcionamento do mercado, ou, dito de outro modo, a completa operacionalidade de seus mecanismos de auto-regulação.

Tais considerações denotam fundamentalmente, uma subordinação do político funcionalmente ao econômico, ou seja, uma proteção da propriedade privada e da obrigatoriedade dos contratos, assim como, da segurança pública e, de um modo mais geral, a eliminação de todas as possíveis configurações de existência alheias ao mercado.

O que revelou a necessidade da suplantação dos postulados liberais da mão invisível do mercado e, conseqüentemente, da não intervenção do Estado na esfera econômica, foi a recessão econômica do período entre guerras, tendo como marco a quebra da bolsa de Nova York em 1929. Por um lado, o liberalismo clássico - tal como formulado por Adam Smith, seu principal teórico - cujo exercício acaba por arruinar as bases de liberdade e de concorrência sobre as quais o próprio mercado se assenta, pouco levava em consideração a tendência do mercado de, em sua dinâmica, formar monopólios e concentrar poder econômico. Noutros termos, já não se apresenta sustentável, aquela idéia anteriormente suscitada, do mercado como ambiente neutro no que se refere ao poder e liberto da dominação, tendo em vista que grupos econômicos estão agora em condições de dominá-lo[50].

---

[48] De maneira geral, temos que, o chamado liberalismo econômico através dos mecanismos de mercado - especificamente, da lei da concorrência e da lei da oferta e da procura -, adota o princípio da auto-regulação da esfera econômica.

[49] BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1988, *passim*.

[50] BENTO, Leonardo Valles. **Governança e Governabilidade na reforma do Estado - Entre eficiência e democratização.** Barueri: Manole, 2003, p. 4.

Por outro lado, como lembra Valles Bento, a partir da década de 1920 com a chamada "teoria das externalidades" - segundo a qual os atos praticados pelos agentes econômicos no mercado produzem conseqüências imprevistas por estes ou até mesmo indesejáveis, devido à complexidade extrema da estrutura da cadeia causal das relações de troca generalizada[51] -, a hipótese da racionalidade intrínseca do mercado e de seus agentes foi, também, desacreditada.

A ocorrência dessas externalidades acaba servindo para apontar as falhas da chamada mão invisível, o mau funcionamento do mercado, cujos atores podem produzir decisões racionais localmente e a curto prazo, porém aberrantes e desastrosas quando situadas numa perspectiva mais abrangente. A teoria das externalidades serviria, pois, de fundamento para a necessidade da intervenção corretora e estratégica do Estado.

O sistema econômico regulado exclusivamente pelo "livre" mercado - longe de se harmonizar e racionalizar conforme supuseram os teóricos liberais - revelou-se ainda mais autofágico. A economia mundial mergulhou numa espiral recessiva impulsionada por aquilo que os economistas batizaram de insuficiência crônica de demanda agregada, ou seja, havia capital acumulado para a produção, mas não havia mercado consumidor para onde escoá-la, donde resultava desemprego que agravava o problema de subconsumo e assim sucessivamente.

Destarte, fez-se mister autorizar a atuação anticíclica do Estado e de mecanismos de proteção social a fim de amortecer os efeitos da crise e inverter a espiral recessionista, denunciando-se, finalmente, que a teoria clássica do equilíbrio falhou ao determinar as causas do desemprego permanente e do conseqüente esfriamento progressivo do consumo e da produção, além de que seus remédios econômicos tradicionais eram ineficazes ao lidar com tal situação.

Saldo positivo dessas conjecturas é a percepção de que o mercado consumidor de um Estado é uma questão de soberania, porquanto o maior patrimônio de toda sociedade politicamente organizada em termos atuais.

Todavia, antes mesmo da depressão dos anos de 1930, logo após o fim da Primeira Guerra Mundial, para salvar o capitalismo de si mesmo, começou-se a autorizar o Estado a intervir na ordem econômica e social. Como marcos desse primeiro estágio que se convencionou denominar "Estado Providência" podem ser mencionadas as Constituições do México (1917) e a da Alemanha da República de Weimar (1919).

---

[51] ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Tradução de Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: Editora da UFG; Brasília: Editora da UNB, 1997, p. 47-48.

Convém ressaltar, conforme o faz Bonavides, que os objetivos desse novo perfil de Estado, consistiam na preservação do capital, vale dizer, garantir a sua acumulação sem solução de continuidade como condição de sobrevivência da própria economia de mercado[52]. As autorizações para a ingerência estatal na ordem social e econômica, que passaram a constar dos textos constitucionais das primeiras décadas do século XX, correspondem a uma pauta tão-somente programática, isto é, desprovida de eficácia plena ou aplicabilidade imediata, de tal sorte que dependem da boa vontade e da capacidade do Poder Legislativo, a quem compete regulamentar em sede infraconstitucional as promessas sociais desse Estado.

Este constitucionalista em referência com agudez contumaz denuncia a fraqueza e a timidez dessa primeira modalidade de Estado social, conservador, comprometido com a superação da crise do capital e não com a justiça social, com a proteção ao lucro e só reflexamente à classe proletária, limitada a colher os benefícios indiretos nos direitos trabalhistas e nas políticas públicas de redistribuição.

Em termos finais, o Estado Providência (ou Estado social conservador), sequer logrou superar a crise do capitalismo, tampouco garantir sustentabilidade às instituições democráticas, nem evitar a emergência de regimes totalitários, que se aproveitaram justamente de sua fragilidade para desmontá-las, mas, pelo contrário, acarretou a perda da juridicidade das Constituições, tornadas, pela natureza programática de suas disposições, mais um documento político, uma carta de intenções, do que um diploma jurídico.

No entanto, a partir das teorizações de Keynes o movimento no sentido de criar uma correspondência entre os imperativos de crescimento econômico e as exigências não menos urgentes de igualdade e justiça social, não apenas através da garantia formal da concorrência via mercado, mas no âmbito de um Estado distribuidor, econômica e socialmente atuante, ganhou novo influxo na década de 1930[53].

Leonardo Valles Bento, ainda destaca que os estudos de Keynes acerca dos fatores determinantes do desemprego concluem que ele provém de uma insuficiência de consumo agravada pela insuficiência de investimento. Em casos como o da crise de 1929, causada por uma insuficiência crônica de demanda, cumpre ao Estado desempenhar o papel de estimulador do investimento, seja diretamente (investimento público), seja indiretamente através da política fiscal e de crédito. Acede-se que, segundo Keynes, o grande problema da teoria liberal, era não possuir mecanismos institucionais para obtenção do pleno emprego. Por outro lado, naturalmente, a falta de uma garantia de emprego está na base da desigualdade

[52] Paulo Bonavides, **Teoria do Estado,** p. 227-229.
[53] Leonardo Valles Bento, op. cit., p. 5.

social e de fortunas, eis que o processo de acumulação capitalista opera-se à base da exploração da mão-de-obra, possível graças à existência desse exército reserva de desempregados.

Pierre Rosanvallon, por sua vez, afirma que a desigualdade social resultante de uma repartição arbitrária e iníqua de rendas e riquezas prejudica o consumo, haja vista que a classe mais pobre não consegue consumir por falta de uma renda mínima garantida, ao passo que a mais rica tende também a um baixo consumo proporcional, isto é, seus rendimentos superam em muito sua capacidade de gastar[54].

Através de uma política fiscal, tributando pesada e progressivamente as grandes fortunas e a herança, associada a uma política de crédito público a juros baixos, logra-se tornar a especulação contraproducente, dessa forma, a figura do capitalista que "vive de rendas" tenderia a desaparecer.

Assim, o Estado funcionaria como um fator "anticíclico"[55] nesse processo. Com a perda da eficácia do capital, este deve ser aplicado ou na produção ou no consumo, essas políticas tributárias e de crédito passam a regular o nível adequado à obtenção do pleno emprego. Todavia, uma política de investimentos públicos diretos também é muito importante para absorção do excesso de mão-de-obra e a garantia da continuidade da demanda mesmo em situações de crise econômica. Políticas sociais asseguram um poder aquisitivo relativamente independente das conjunturas do setor privado.

Pierre Rosanvallon assegura que as elaborações teóricas keynesianas serviram para demonstrar, no plano teórico, a compatibilidade e mesmo a mutua implicabilidade existente entre desenvolvimento e crescimento do mercado e do Estado, eficácia econômica e social. Keynes acredita - ao contrário dos socialistas -, que a luta de classes não leva necessariamente à supressão de uma delas com a vitória da outra, mas que é possível encontrar um ponto de equilíbrio pelo estimulo e reforço da interdependência do capital e do trabalho, eliminando-se as formas de existência autônoma do capital, como o especulador[56].

No entanto, apesar de teoricamente coerentes, as políticas keynesianas somente foram postas plenamente em prática após a Segunda Guerra Mundial, quando, a partir da segunda metade do século XX as Constituições reiniciam o movimento de resgate de sua normatividade, de sua juridicidade. Para Bonavides[57], aquelas normas programáticas do Estado Providência conservador do início do século tornam-se autênticos direitos sociais, vale

[54] Pierre Rosanvallon, op. cit. p. 38-39.
[55] Expressão adotada por Leonardo Valles Bento, op. cit., *passim.*
[56] Pierre Rosanvallon, op. cit. p. 40.
[57] Paulo Bonavides, **Teoria do Estado**, p. 230.

dizer, exigências de prestações positivas dirigidas ao Estado no terreno da educação, da saúde, da previdência, da garantia salarial, do seguro-desemprego, dos programas de assistência, do desenvolvimento econômico, entre outros. O conjunto dessas obrigações que correspondem aos direitos sociais traduz um processo de desmercadorização da mão-de-obra, eis que possibilita universalmente (ou pretende assim possibilitar) condições de vida relativamente dignas àqueles situados fora do mercado de trabalho, mediante uma rede de programas e políticas sociais que lhes concedem benefícios e pensões. Tem-se portanto, nesse caso segundo Esping-Andersen[58], o Estado de Bem-estar Social, ou *Welfare State*.

Pierre Rosanvallon[59] afirma que a assistência prestada a todo cidadão no sentido de lhe garantir uma renda mínima se dá não a título de caridade pública, mas de um direito. Nesse diapasão, portanto, o Estado de Bem-estar acaba diferenciando-se dos Estados de até o início do século XVIII – os chamados eudemonistas e patriarcais europeus - , que faziam do bem-estar e da felicidade pessoal dos súditos um assunto de Estado e que sofreram a crítica dos liberais, com destaque para Adam Smith e Kant.

Os direitos sociais positivados nas Cartas Constitucionais do pós-Segunda Guerra representam mesmo a substancialização, complementam os direitos civis e políticos consolidados em fins do século XVIII e durante o século XIX. De todo modo, muito embora, não caiba discutir aqui as relações teóricas do Estado de Bem-estar com o liberalismo ou o socialismo, se representa uma síntese ou uma cooptação, a superação daquele ou a revisão deste, um amplo consenso se formou, envolvendo partidos políticos, sindicatos e mesmo a classe capitalista, em torno de sua forma de atuação, qual seja, o intervencionismo econômico e social.

Muito embora, do modo como se encontra acima exposto poder-se-ia crer que esse perfil de Estado intervencionista, assistencial e distribuidor consistiu num modelo homogêneo, que se desenvolveu de maneira unívoca e universal. Na verdade, é precisamente o contrário. São tão heterogêneos os fatores apontados por trás de sua evolução e tão diversas as suas formas de intervir, assim, como o volume e o conteúdo, conforme se combinam em cada nação aqueles fatores, que chega a ser mesmo complicado encontrar uma definição mínima, um denominador comum desse fenômeno chamado às vezes levianamente de *Welfare State*.

---

[58] ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do *Welfare State*. Trad. de Dinah de Abreu Azevedo. In: **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 24, setembro de 1991, p. 101.
[59] Pierre Rosanvallon, op. cit., p. 20.

Conforme salienta Esping-Andersen, as primeiras investigações sociológicas elaboradas acerca do Estado de Bem-estar costumavam caracterizá-lo com base no volume de seus gastos sociais[60]. Acreditava-se que variáveis tais como grau de urbanização, de desenvolvimento econômico, extensão da burocracia estatal e proporção de idosos na composição demográfica espelhava adequadamente a existência de um *Welfare State*.

Tais critérios acabaram por se revelar falhos, enganosos ou mesmo inconcludentes, quando se tratava de captar a sua substância teórica. Se por um lado, em virtude da impossibilidade de se estabelecer uma margem matemática precisa dentro da qual o volume de gastos sociais possa ser considerado suficiente para a garantia do bem-estar e da cidadania social dos cidadãos. Por outro, critérios quantitativos e unidimensionais desse tipo (mais ou menos despesa) não permitem comparações muito aprofundadas, principalmente no tocante à aplicação dos recursos e à política de investimentos, pressupondo equivocadamente que todos os países mantêm aproximadamente os mesmos programas.

A fim de descer à essência do *Welfare State* e compreender os fatores que alimentaram o seu crescimento nas décadas de 1950 e 1960, faz-se mister enfocar não elementos epifenomenais como os apontados acima, mas o seu substrato conceitual.

François Châtelet apresenta uma proposta bem interessante acerca de como o Estado de Bem-estar insere-se na lógica de um Estado protetor ou "gerente" [61].

Apóia-se o autor, no fato de que o século XX teve o condão de fixar um consenso acerca de conferir ao Estado a forma normal e fatal de organização da vida coletiva, redimensionando as possibilidades do dissenso para a sua forma de atuação, sobre as suas funções. Nesse sentido, rendem-se ao Estado face à necessidade de um poder soberano, que proteja a nação contra os perigos e ameaças externas. Como conseqüência dessa conjuntura que se deslinda, desenvolveu-se um quadro jurídico-administrativo incumbido de desempenhar suas funções ordinárias de manter a ordem interna, solucionar os conflitos entre os cidadãos e prestar os serviços essenciais a sua comodidade. Noutros termos, um governo capaz de conduzir a sociedade, segundo as conhecidas e facilmente palatáveis fórmulas políticas, "à felicidade, justiça e bem-estar gerais".

De fato, o papel precípuo atribuído ao Estado naquele século – deixando de lado as experiências totalitárias de direita e esquerda – é a proteção a uma determinada gama de direitos fundamentais. Este novo Estado passa a estar a serviço da sociedade e perante ela

[60] Gosta Esping-Andersen, op. cit., p. 98-99.
[61] François Châtelet e Évelyne Pisier-Kouchner, op. cit., p. 77.

deve legitimar o poder de que foi investido, utilizando-o para cumprir as promessas inscritas no "estatuto da modernidade".

Na busca por realizar tal empreitada, três pilares fundamentais sobre os quais se sustenta o indigitado estatuto orientam o edílico labor.

O primeiro pilar consiste no fato de se tratar de um Estado "humanista", no sentido que se norteia pelo princípio da dignidade da pessoa, ou seja, pela matriz de que todo ser humano é dotado de direitos cuja proteção justifica a existência do Estado. Tal humanismo desde logo estabelece já denunciada questão da tensão entre os direitos formalmente positivados nas constituições e a sua real concretização, o que passaria pela necessidade de compensar por alguma forma as desigualdades fáticas de oportunidades e acesso àqueles direitos. Em segundo lugar, encontra-se como pilar o valor inscrito nessa concepção de Estado é o "pluralismo". Não é menos relevante é a obrigatoriedade de se reconhecer em alguma medida a separação entre o governo e a sociedade, com fito de que o mosaico de interesses heterogêneos e conflitantes de que se constitui esta última possa livremente expressar-se, cumprindo ao Estado permitir e mesmo facilitar e estimular pela institucionalização que os interesses e as reivindicações dos diversos grupos e segmentos da sociedade aflorem e concorram para a formação da vontade política[62].

Consoante Châtelet e Pisier-Kouchner, o poder é um espaço em leilão disputado em concorrência "livre" pelas diversas forças plurais reconhecidas pela sociedade. Nesse sentido, a luta política é assumida como natural e salutar ao aprimoramento das instituições. A possibilidade do dissenso implica em assumir uma margem tolerável de ilegitimidade dos ocupantes do poder, o que na teoria afasta as tentações de uma amálgama entre Estado e sociedade tão presente no projeto totalitário.

Por fim, um terceiro pilar seria o "reformismo", decorrente de um Estado que se voltado de modo permanente para a gerência da vida coletiva, equilibrando-se entre valores, ideologias e visões de mundo que perpetuamente se repelem; e avanços técnico-científicos e suas conseqüências sociais[63].

Como se observa, o reformismo integra o pluralismo, quando reconhece a possibilidade do dissenso e das reivindicações derivadas da sociedade civil, impondo que o Estado permanentemente se compatibilize para solucionar seu problema estrutural essencialmente consubstanciado em reunir condições para dar prosseguimento ao seu projeto de dominação, sem que jamais sua existência seja colocada em questão.

---

[62] François Châtelet e Évelyne Pisier-Kouchner, op. cit., p. 83 e 112.
[63] François Châtelet e Évelyne Pisier-Kouchner, op. cit., p. 143.

Leonardo Valles Bento, esclarece que humanismo, pluralismo e reformismo são valores elementares desse Estado e que se propõe a levar a cabo as "promessas inscritas no estatuto da modernidade", e o *Welfare State* resulta da dinâmica desses princípios num dado período, pois que o liberalismo econômico pela sua insuficiência é obrigado a renunciar à fantasia do *laissez-faire*, ao mesmo tempo que o socialismo, num movimento de convergência, renuncia à profecia revolucionária. Tudo se passa dentro da normalidade das instituições, do respeito às regras do sistema político: "o Estado pode ser transformado sem rupturas, sem solução de continuidade; progresso sim, porém com ordem"[64].

O intervencionismo estatal para o desenvolvimento econômico e a mudança social faz-se com o cálculo estatístico e o planejamento conseqüente e responsável das políticas públicas. Assim, esse paradigma de Estado espelha fundamentalmente a tentativa de fazer coexistir, e mesmo conciliar de modo que se tornem noções reciprocamente implicadas, o fortalecimento da atuação (e da eficiência) estatal e a emancipação da sociedade civil. Sendo, destarte, a sociedade reconhecida na sua pluralidade, impele o Estado à concretização dos direitos sociais com supedâneo no imperativo da igualdade de acesso às políticas públicas e da cidadania como condição de sua legitimidade[65].

Noutro sentido, a análise de Boaventura de Sousa Santos[66] ressalta que os pilares do projeto sociocultural da modernidade - de equilibrar regulação e emancipação -, que teve inicio antes mesmo do capitalismo (a partir do século XVI), são: a) a regulação e a emancipação, o primeiro composto dos princípios do Estado, do mercado e da comunidade; b) o segundo constituído pelas racionalidades estático-expressiva da arte, moral-prática da ética e do direito, e cognitivo-instrumental da ciência e da técnica.

Da tensão de ambos os vetores, cada qual complexo em si mesmo, surgem inúmeras possibilidades, por isso mesmo já tendente tanto para os excessos, por um lado, quanto para os déficits, por outro. As juras da modernidade acabam vítimas da sua própria riqueza e ambição, ao tentar combinar valores tendencialmente contraditórios como cidadania, subjetividade e emancipação, num horizonte geral de racionalização da vida individual e coletiva.

Não demora e o capitalismo organizado busca apontar no projeto da modernidade quais as promessas que podem ser cumpridas, logo assumidas como sendo de sua

---

[64] Leonardo Valles Bento, op. cit., p. 10.
[65] François Châtelet e Évelyne Pisier-Kouchner, op. cit., p. 145.
[66] SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1995, p. 75-114.

responsabilidade, e quais as impossíveis e por isso descartadas e lançadas no limbo das utopias.

Na tentativa de restabelecer a confiança perdida em razão da frustração oriunda da não concretização das expectativas reinantes, que a eficiência, a competência e o saber passam a constituir a fonte da qual o Estado retira a sua legitimidade, já prescindindo da fidelidade da representação política e da consistência ideológica.

As políticas públicas do *Welfare State*, legitimam-se sobre si infensas à crítica, oferecidas a uma sociedade civil incapaz tecnicamente de questioná-las com argumentos e reduzida, por isso, a uma atitude passiva de somente reclamar dos seus efeitos colaterais, uma vez que são divulgadas como única alternativa possível, ou até mesmo, como consenso social.

2.3 Imperativos estruturais do capitalismo organizado

Uma característica essencial do sistema, no que tange ao âmbito de uma sociedade capitalista, diz respeito ao fato de que o Estado, independentemente dos governos e das forças políticas que o controlam, deve responder às demandas do capital e não se trata apenas de uma opção política.

O Estado resolve o problema estrutural do ingresso e permanência dos trabalhadores no mercado de trabalho – proletarizando-os – tanto passiva como ativamente, o Estado preenche assim, a função de assegurar que o mercado seja a única forma de existência econômica, instituindo com isso a própria classe proletária como também o conjunto das relações capitalistas de produção.

Com o intuito de desenvolver-se na dinâmica da necessidade de progressivamente mais intensa de integração social de contingentes cada vez maiores de trabalhadores, os quais, em numerosas ocasiões especificas, necessitam de uma válvula de escape relativamente ao mercado. As políticas públicas do *Welfare State* correspondem, nessa perspectiva, à necessidade de reprodução das relações capitalistas de produção em cujo bojo se situa o próprio Estado e de onde ele retira o seu poder. O *Welfare State* mantém sistemas previdenciários e de saúde, que concedem benefícios e pensões para os idosos, inválidos e enfermos, inclusive em virtude de acidentes ou doenças decorrentes do trabalho, e mesmo para aqueles temporariamente sem emprego, sem os quais os direitos trabalhistas teriam de

ser obtidos mediante dispendiosas e desgastantes lutas redistributivas dos riscos do trabalho e da vida.

2.4 Movimentos reivindicatórios e coalizões políticas

Nesse ponto ressalta-se a perspectiva do papel desempenhado pelas classes sociais, na condição de agentes políticos do desenvolvimento do *Welfare State*. A explicação para o desenvolvimento do *Welfare State* e a expansão de seus serviços devem ser atribuídas a um concurso de inúmeros fatores que se combinam singularmente para cada Estado específico. Deve-se, portanto, abandonar a tentativa de encontrar explicações monocausais.

Nessa perspectiva, por um lado , a emergência e o sentido do desenvolvimento de um Estado de Bem-estar dependem, fundamentalmente, da capacidade de organização e mobilização da classe trabalhadora, no sentido de pressionar as instituições para reformas redistribuidoras, e da ocupação do espaço parlamentar; por outro, dos tipos de coalizões políticas engendrados nos dois períodos entre guerras e depois da Segunda Guerra Mundial.

Os direitos sociais conquistados pela classe assalariada traduzem um processo de desmercadorização da mão-de-obra. No entanto, essa desmercadorização apenas é real, ou é mais intensa, na medida em que tais direitos são concedidos a todos independentemente de uma participação anterior no mercado de trabalho, se depender unicamente da condição de cidadão. Assim, vale enfatizar que a distinção entre os modelos liberal ou residual e social-democrata ou universalista de *Welfare State* é de suma relevância para se avaliar o processo de remercadorização ou de desmercadorização provocado por cada um respectivamente, bem ainda os efeitos de suas respectivas políticas sobre a estratificação social. Impõe-se, ainda, que os serviços públicos sejam da mesma qualidade que os oferecidos pela iniciativa privada, do contrário, na medida em que desestimula ou torna impossível o refúgio para esses subsistemas externos ao mercado, em vez de uma desmercadorização da mão-de-obra assalariada, o que se assiste é a um reforço da reificação, uma remercadorização.

2.5 Falência e crise do Estado de Bem-estar Social: teorias explicativas

Após duas guerras mundiais, tanto do ponto de vista econômico como político e ético mais do que um mero fenômeno de expansão da burocracia e dos serviços públicos, o *Welfare State* consistiu num esforço de reconstrução nacional. Já do ponto de vista econômico, representou a obsolescência dos dogmas liberais, em especial o da mão invisível do mercado como único mecanismo regulador, em favor da atuação anticíclica do Estado como um segundo mecanismo de alocação de recursos, logrando assegurar o pleno emprego e serviços sociais que aliviam parcialmente o capital dos custos de sua própria reprodução e da reprodução da força de trabalho. No que tange ao aspecto político, significou a ampliação da lógica democrática, que passa a extrair do pluralismo ideológico sua máxima fecundidade, em resposta à ameaça de regimes totalitários de direita e de esquerda. Eticamente, o Estado de Bem-estar traduziu o compromisso com os direitos sociais, a justiça distributiva e a cidadania.

O Estado de Bem-estar Social, a partir da primeira metade da década de 1970, segundo a opinião cada vez mais generalizada dos analistas, começa a apresentar sinais de esgotamento. A perda do dinamismo econômico dos principais países industrializados colocou em discussão a necessidade de se rever os papéis do Estado, a continuidade das suas políticas econômicas e sociais, e, numa perspectiva mais ampla, as relações desse Estado protetor com o mercado e a sociedade civil.

Nesse aspecto, segundo Boaventura de Sousa Santos, trata-se do terceiro período na evolução do capitalismo, ou noutros termos, o terceiro momento na realização do estatuto da modernidade. No que se refere à regulação, o princípio do mercado recrudesceu com uma força sem precedentes, a ponto de, inclusive, colonizar o princípio do Estado. Em decorrência desse capitalismo financeiro de escala planetária, surgiu o conceito de estagflação, isto é, a combinação da falta de crescimento não-inflacionário baseado unicamente nas demandas do mercado interno. A legitimidade dos Estados, que já no segundo período advinha quase totalmente de sua eficiência econômica, não mais depende de sua capacidade organizatória e de planejamento burocrático, senão se encontra à mercê do capital financeiro internacional, cuja confiança deve mercadejar. O Estado-Empresário, que produzia bens e serviços para o mercado à custa de receita pública resultante de tributos se tornava incapaz de manter a competitividade da economia nacional no mercado global. Assim, afirma-se que o *Welfare State* não se encontra mais em condições de sustentar o pacto político, a aliança entre as classes sociais, sob o qual se desenvolveu, haja vista o crescimento vertiginoso da despesa com programas sociais em face das taxas de crescimento econômico.

Veio acarretar em todos os países - em decorrência dessa crise estrutural somada a outros fatores exógenos que deram influxo ao colapso do modelo de Estado intervencionista

de um modo geral, em especial as crises mundiais do petróleo de 1973 e 1979-1980 e a conseqüente crise da dívida externa em decorrência das altas taxas de juros internacionais que passaram a ser aplicadas pelos países industrializados importadores de petróleo - especialmente aqueles em processo de industrialização a urgência de estabelecer agendas de reestruturação política e econômica a fim de se ajustarem aos novos padrões de relações econômicas e financeiras.

Ligado a isso, em relação ao princípio da comunidade, o fortalecimento das políticas e coalizões de classe obtida do segundo período e que pôde dar sustentabilidade - dir-se-ia hoje governabilidade - ao Estado de Bem-estar, retrocede ante a fragmentação do tecido social[67].

Tais circunstâncias conduzem, segundo Sousa Santos, à continuidade se não mesmo à radicalização dos déficits e dos excessos característicos do segundo período relativamente às promessas da modernidade, combinadas de transnacionalização da economia – e de conseqüente esboroamento dos critérios tradicionais de soberania estatal – e de enfraquecimento das mobilizações de classe. Assim, através da explicação das igualmente variadas análises que acerca do Estado de Bem-estar foram efetuadas, cada qual salientando um aspecto particular, formulando um diagnóstico e propondo uma forma de gestão, percebe-se que a crise do Estado de Bem-estar é um fenômeno que eclode numa profusão de inúmeros elementos e aspectos,

2.5.1 Diagnóstico neoliberal

O pensamento neoliberal surgiu logo depois da Segunda Guerra Mundial, em plena era de prosperidade do capitalismo e das políticas sociais de redistribuição. O marco teórico do neoliberalismo é a obra de Friedrich Hayek, "Os caminhos da servidão" - Hayek e seus seguidores constituíram a Sociedade de Mont Pèlerin, na Suíça, onde discutiam e criticavam as políticas intervencionistas e a economia política keynesiana em nome de um retorno aos princípios do mercado livre e auto-regulado -, na qual acusa o Estado de Bem-estar de destruir

[67] Nesse caso o interesse público decorre da "governabilidade", qualidade relacionada à manutenção do poder (BENTO, Leonardo Valles. **Governança e Governabilidade na reforma do Estado - Entre eficiência e democratização.** Barueri: Manole, 2003, *passim*). Contudo, essa lição é muito mais antiga, tendo sido ensinada por Maquiavel já em 1513. Desde então muitos têm aplicado friamente seus ensinamentos de modo que se plasmou no imaginário coletivo um significado pejorativo em torno dessas idéias realísticas, fato que se verifica no significado atual da palavra "maquiavélico" (LIMA, Cláudio Emanuel Correa. **O Simbolismo em Maquiavel** – Ensaio em duas partes. Fortaleza: EUFC, 2000, *passim*).

as liberdades individuais e que suas tendências socializantes podem conduzir a regimes totalitários como o fascismo e o nazismo[68].

Milton Friedman é um dos mais destacados seguidores de Hayek, o qual, na sua obra *Capitalismo e liberdade*, parte do valor liberdade como essencial na vida humana e fundamento de todas as instituições. O Estado existe para assegurar e maximizar a liberdade. A liberdade econômica, segundo Friedman, desempenha um duplo papel na promoção de uma sociedade livre: por um lado, trata-se de um dos aspectos da liberdade considerada em sentido amplo, por isso é um valor desejável e um fim em si mesma; por outro, aquele autor assinala as relações entre a liberdade econômica e a liberdade política, vale dizer, esta não pode existir sem aquela. Dessa forma, para Friedman, não é qualquer tipo de organização econômica que é compatível com qualquer tipo de organização política. O liberalismo político e a democracia só podem existir em conjunto com o liberalismo econômico. Ao contrário do que pensam os social-democratas, não existe socialismo democrático; são idéias contraditórias e inconciliáveis por princípio[69].

Friedman almeja a devolução da coordenação econômica aos mecanismos de mercado (livre concorrência), cabendo ao Estado limitar-se a preservar a liberdade dos cidadãos contra a ameaça externa e contra os próprios cidadãos, fazendo assegurar a lei e a ordem; assegurar a propriedade privada e a obrigatoriedade dos contratos, enfim institucionalizar as regras do jogo sem as quais o mercado não tem condições de se constituir.

Portanto, o diagnóstico neoliberal da crise do Estado de Bem-estar Social avança basicamente em torno de duas questões fundamentais. No primeiro aspecto, encontra-se traduzida numa crise fiscal e financeira, haja vista que a expansão descontrolada dos gastos com políticas sócias em resposta a demandas crescentes e não selecionadas da sociedade civil, orientada por uma concepção distorcida de democracia, provoca déficits públicos e desequilíbrios orçamentários crônicos, gerando inflação que mina as bases do crescimento econômico, acarretando mais desemprego, incrementando os gastos com seguro social e assim sucessivamente numa espiral recessiva. Por outro lado, a continuidade do financiamento dos programas sociais exige constantes aumentos de receitas, que não podem ser obtidos senão à custa de elevação da carga tributária, o que produz dois efeitos perniciosos: (1) reduz a poupança do setor privado e, conseqüentemente, sua capacidade de investimento; e (2) o volume das contribuições e descontos obrigatórios assumidos pelos empregadores provoca a

[68] HAYEK, Friedrich A. **Os caminhos da servidão**. 2. ed. São Paulo: globo, 1977, p. 23-30.
[69] FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade.** Trad. de Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 17.

elevação dos custos salariais e aumento do custo de produção com reflexo sobre o preço final da mercadoria, diminuindo a competitividade internacional da empresa, além de ser fonte inflacionária por impulsionar uma espiral crescente de preços/salários. Finalmente, a extensão das atividades do Estado significa uma maior burocracia e um número maior de servidores públicos que não produzem, mas dissipam riqueza.

De outro aspecto, o neoliberalismo sustenta que o processo de desmercadorização da mão-de-obra promovido pelos programas sociais - especialmente os de caráter mais igualitário e universalista -, tende a desestimular o trabalho e a competitividade, rebaixando os índices de produtividade, existindo, assim, pois, um *trade-off* entre eficiência e crescimento econômico e universalismo na proteção social.

Tem-se dessa forma, que, a proposta neoliberal para gestão da crise envolve um retorno às leis do mercado, à ortodoxia econômica e à austeridade do orçamento público. O Estado mínimo, proposto pelo neoliberalismo é forte na sua capacidade de gerir a massa monetária, no controle da moeda e na regulamentação dos mercados. Para tanto, uma certa desigualdade é natural e salutar para estimular a competição, dinamizar as forças produtivas, incentivar os agentes no sentido do crescimento.

2.5.2 Crise do Estado de Bem-estar como crise de legitimação

Sob esta perspectiva o Estado desempenharia um papel imprescindível na reprodução do capitalismo, satisfazendo suas necessidades de acumulação e legitimação. No capitalismo liberal, a representação do mercado pela ideologia burguesa como um espaço neutro e impessoal onde o sucesso e o fracasso econômico eram explicados não pelos mecanismos sistêmicos de exploração, mas, as funções de legitimação desenvolviam-se sem maiores problemas do ponto de vista do esforço individual.

Várias conseqüências advêm da tendência do capitalismo, já detectada por Marx, de acarretar crises periódicas em sua própria dinâmica que é compensada e prevenida através de políticas públicas. Em primeiro lugar, na medida em que o Estado precisa intervir para obviar os "hiatos funcionais" do capitalismo, ele politiza as relações de troca de equivalentes por relações de poder político. A repolitização das relações de troca de equivalentes por relações de poder político. A repolitização das relações de produção produz uma crescente necessidade de legitimação. Com efeito, se no capitalismo liberal as desigualdades sociais poderiam ser

justificadas a partir do desempenho individual ou do acaso, uma vez que as regras do mercado são "neutras" e "impessoais", agora o funcionamento da economia passa a depender de decisões administrativas e políticas que não são mais anônimas. Em decorrência, as crises econômicas acabam traduzindo-se em crises políticas, na forma de uma crise de legitimação.

Segundo Jürgen Habermas, no contexto de uma esfera pública despolitizada o sistema como tal dificilmente é questionado, de sorte que os requisitos de legitimação são residuais: em primeiro lugar o *privatismo cívico*, o incentivo à abstinência política, de modo que a vida não-econômica seja canalizada para o lazer e consumo, preferencialmente à política; em segundo lugar, as teorias do elitismo democrático, como a de Joseph Schumpeter e de Max Weber, ou as teorias sistêmicas tecnocráticas, cuja referência é Parsons e Luhmann, que justificam a gerência silenciosa do Estado, onde o papel da população é aclamativo ou, no máximo, reativo, mas jamais, ou raramente, participativo[70]. O Estado de Bem-estar é um administrador da legitimidade: desenvolve-se como um gerente de uma crise em permanente estado de latência.

Dessa forma, Habermas sustenta, que no capitalismo avançado, aquele do Estado de Bem-estar, as sucessivas crises econômicas, cuja tendência encontra-se inscrita em sua dinâmica imanente, deslocaram-se parcialmente para o plano político, ou na forma de crises de legitimação, ou na forma de crise de racionalidade administrativa; ou para o plano sociocultural, na forma de crise de motivação.

Em primeiro lugar, Habermas afirma que, as motivações socioculturais funcionais para o capitalismo avançado são em primeiro lugar o privatismo civil, entendido como a despolitização geral da existência em nome de preocupações com a carreira pessoal, o lazer e o consumo. Em segundo lugar, a estrutura familiar, as relações de poder e os tabus que lhe caracterizam, resquícios da cultura tradicional pré-burguesa, o autoritarismo paterno, a repressão à sexualidade.

2.5.3 A questão da legitimação no Estado constitucional

Dois mitos então são construídos com o advento do Estado constitucional com vistas à consecução da submissão dos homens em substituição às premissas teológicas: 1) A

[70] HABERMAS, Jürgen. **Crise de legitimação no capitalismo tardio**. Trad. de Valmireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980, p. 51-52.

presunção de legitimidade do Estado Constitucional; 2) A de que o controle de constitucionalidade das leis representa a mais absoluta garantia de defesa do pactuado.

Em relação ao primeiro mito, basta recordar que a União Soviética stalinista e a Alemanha nacional-socialista (Estados totalitários), foram Estados Constitucionais.

No que se refere ao segundo mito, tomemos inúmeros exemplos de decisões da Corte Constitucional brasileira (o Supremo Tribunal Federal – STF), em que o "pacto" foi deixado de lado para vincular a decisão a interesses eminentemente políticos e setorizados.

Mesmo assim, nada impediu que o uso da expressão "Estado Constitucional" soasse como um adjetivo positivo, identificado com os interesses mais caros de uma comunidade.

Como conseqüência desse processo de *laicização* tem-se a lei como fonte legitimadora de toda ação do Estado. Legítimo então passa a ser todo ato administrativo que está em conformidade com a lei. Em verdade, isso só seria possível concretamente se a norma que se extrai da lei estiver em total consonância com a origem do poder. Assim, legitimidade, então, é a qualidade atribuída a toda ação do Estado que está em harmonia com o centro irradiador de força. Numa democracia, a vontade de 'todos'[71] materializa-se no ideal de igualdade, liberdade e fraternidade. Como se verifica, coincide com o lema da Revolução Francesa, sempre atual, universal, atemporal, porque eternamente aberto reclama permanente preenchimento, atualização, integração, correção das ações dos governantes com vistas à concretização da virtude - disposição firme e constante para a prática do bem.

Nesse contexto há de se verificar a possibilidade de normas constitucionais inconstitucionais[72], considerando que nem mesmo a Constituição de um país – produto do pensamento racional - é imune a vontade humana de alguns oportunistas. Três possibilidades podem ser ventiladas: 1) Considerando que norma é o que se extrai do texto mediante processo de interpretação (hermenêutica constitucional), nada impede que a interpretação de um dispositivo constitucional em específico esteja em desconformidade com o todo que compõe a Constituição; 2) a segunda hipótese diz respeito não apenas a um erro de interpretação, mas um equívoco do constituinte mesmo - intencional ou não; 3) uma terceira possibilidade seria decorrente da desnaturação da Constituição. [73]

---

[71] Lembrar que 'todos' não pode deixar 'ninguém' injustificadamente de fora.

[72] Sobre o assunto verificar: BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

[73] A isenção de impostos (ICMS e IPI) sobre estes papéis está prevista na Constituição Federal de 1946 (art. 31, V "c") e foi mantida na Carta Magna de 1988 (art. 150, VI "d"). Para administrar o ambiente competitivo do setor, a imunidade do papel é regulamentada pelo órgão responsável por sua fiscalização e controle, a Secretaria da Receita Federal. A instrução normativa vigente (SRF nº 159 de 16/05/2002) obriga todas as empresas envolvidas na cadeia do setor, através de ato declaratório, a terem registro especial na Receita Federal para poderem fabricar, comprar ou utilizar o papel com imunidade tributária. A obtenção do registro especial obriga o

Assim, numa perspectiva zetética [74] é possível dizer não só ao Poder Judiciário é dado o processo de interpretação constitucional. De acordo com Peter Härbele, na posição que antecede a interpretação constitucional jurídica dos juizes, são muitos os interpretes, ou melhor dizendo, todas as forças pluralistas públicas, são, potencialmente, interpretes da Constituição. O conceito de "participante do processo constitucional" é mitigado na medida que se alarga o círculo daqueles que tomam parte na interpretação constitucional. "A esfera pública pluralista desenvolve força normatizadora. Posteriormente, a Corte Constitucional em correspondência com a sua atualização"[75].

Toda exegese razoável volve às teorias da "vontade da lei" e da "vontade do legislador", mas também reconhece que a lei em algumas situações pode ser aplicada de maneira nunca prevista.

Por seu turno, não faria sentido algum a vontade do dispositivo em análise ir de encontro ao princípio democrático e demais princípios fundantes. É uma questão de lógica aceitar que a Ordem Social só assim o é, em razão do que a motiva. Neste caso, são vários motivos: o pluralismo de idéias, o exercício da cidadania, a imperatividade de se construir uma sociedade livre, justa e solidária, a redução das desigualdades sociais, a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Ora, é simples entender isto quando se percebe que a razão utilitarista somente

---

agente econômico a apresentar uma declaração de informações trimestral, na qual devem constar os fluxos destes volumes e valores entre os diversos atores envolvidos. Recentemente o STF discutiu a (in)constitucionalidade na equiparação do papel utilizado no impressão de livros aos *cd's-rom* empregados na produção de *e-books* para efeito de imunidade tributária (art. 150, VI, d)). Fato é que ao tempo da constituinte de 1988 não existia a difusão do conhecimento por meio de livros eletrônicos em *cd's-rom*. Este é um exemplo que requer a aplicação das técnicas de ponderação - postulados abertos que numa perspectiva hermenêutica demandam razoabilidade e proporcionalidade, ou seja, bom senso. Em situações mais complexas, às vezes é preciso "destruir" para (re)construir as instituições - e garantias institucionais - a todo instante. Entendo como Jaques Derrida, que o permanente resgate dos princípios primeiros que antecedem o "ser", é uma necessidade própria da exigência perpétua do Estado: a "justiça", como fora dito. Jacques Derrida aparece como "o desconstrutor", e essa imagem tem sua razão de ser, pois, iniciando sua vida filosófica pela via da fenomenologia de Husserl, Derrida não deixou nunca de estudar a tradição clássica – de Platão a Heidegger – mantendo, porém, uma relação muito complexa como ela, afinal, o que interessava ao filósofo nascido na Argélia era mostrar que essa tradição se alimenta justamente daquilo que ela não mostra. Tal abordagem crítica diante de toda e qualquer prática ou teoria é o que Jaques Derrida chamava de "desconstrução". Todavia, a desconstrução derridiana não significa destruição, mas um modo de desfazer uma estrutura para fazer aparecer seu esqueleto (SAVIAN FILHO Juvenal, Derrida e a defesa da honra da razão, In: **Revista Cult, Dossiê: Psicanálise, linguagem, justiça, arquitetura e desconstrução na obra de Jaques Derrida**, São Paulo: Bregantini, n. 117, set. 2007, ano 10, p. 41-43). No caso de imunidade tributária acima referenciado, entendemos pela equiparação.

[74] A zetética consubstancia-se no incentivo à busca incessante de novos conhecimentos. Neste sentido, advertimos, desde logo, que o presente estudo não tem a pretensão de exaurir todas as questões que envolvem o tema, devendo tão somente ser entendido como uma tentativa, precisamente um exercício de reflexão para colocar à prova o sentido crítico e questionador que a linguagem do direito contém.

[75] HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição, 2002, p. 13 e 41.

legitima a ação voltada para a maior de todas as finalidades: o bem comum, nunca em contrário.

Também, não se recorre à razão antes da metafísica[76]. Esta, contida na filosofia, antecede aquela. Entretanto, como conseqüência secular, é a razão quem reúne as condições de aceitabilidade das decisões. Deste modo, na seara da argumentação, dispomos das tradições racionalistas (contratualismo, utilitarismo e marxismo) e das racionalidades diversas distribuídas em rede por toda a sociedade[77].

2.5.4 Crise como conseqüência do capitalismo tardio

Lenio Luiz Streck de intróito desnuda a sua "crise do Direito, do Estado e da dogmática jurídica", bem como seus reflexos na sociedade, a partir do papel da justiça constitucional. O autor, em consonância com José Eduardo Faria, diz que o Direito e a dogmática jurídica não conseguem atender as especificidades das demandas originadas de uma sociedade complexa e conflituosa. O modelo liberal (individualista e normativista) estaria esgotado, enquanto a população de posse dos "novos" direitos (transindividuais e metaindividuais) exige novel postura dos aplicadores jurídicos. [78]

---

[76] O problema de se construir raciocínios a partir de observações empíricas é justamente desconsiderar a natureza metafísica das coisas humanas. Embora se confunda com parte da filosofia, a metafísica apresenta um corpo de conhecimentos racionais (e não de conhecimentos revelados ou empíricos) em que se procura determinar as regras fundamentais do pensamento (aquelas de que devem decorrer o conjunto de princípios de qualquer outra ciência, e a certeza e evidência que neles reconhecemos), e que nos dá a chave do conhecimento do real, tal como este verdadeiramente é (em oposição à aparência).

[77] Ludwig Wittgenstein, conclui que "os limites do seu mundo são os limites de sua linguagem". WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus.** 2ª ed., Trad. Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999, *passim*). Assim, a idéia de existência de proposições elementares não é arbitrária, ao contrário decorre diretamente de suas preocupações acerca da relação entre o pensamento e a linguagem, de um lado, e a realidade, de outro. Sua teoria baseia-se na idéia de que a realidade é afigurada pela linguagem, e nesse caso seria necessário admitir-se a existência de proposições, cujo sentido evidencie-se imediatamente. Entretanto, não se deve inferir daí que tais proposições apresentem uma verdade auto-evidente. Assim, das proposições elementares dependeriam todas as outras proposições. Em outras palavras, as proposições (cujo sentido é imediatamente evidente) não-elementares seriam funções de verdade de proposições elementares; não fosse assim, nenhuma sentença poderia dizer alguma coisa ou ser entendida. De outro modo, a realidade é da forma que a vemos e sentimos; isto implica que sendo a linguagem o limite, então, o mundo real é tanto quanto podemos traduzi-lo por meio da linguagem. Logo, a realidade (o *ser*), é o que a linguagem nos permite 'enxergar'. Assim, é mais do que verdadeira a máxima "há mais coisas entre o céu e a terra, do que desconfia vossa vã filosofia" consegue explicar (Shakespeare em Hamlet). No mesmo rumo, Luis Alberto Warat, acentua que "A psique e a linguagem se constituem sobre o fundamento de uma relação inaugural colocada como provocação constante de uma incompletude impossível de ser superada" (WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem.** 2ª versão. 2ª edição aumentada. Com a colaboração de Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: SAFe, 1995).

[78] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**, 2004, p. 02.

Parafraseando Jürgen Habermas, a expressão "capitalismo tardio" remete à hipótese que até no capitalismo regulado pelo Estado, mudanças sociais implicam em "contradições" ou crises. Passa então o eminente autor alemão a conceituar o que na sua ótica seria crise, chegando à síntese de que podemos associar com as crises a idéia de uma força objetiva, que priva um sujeito de alguma parte da sua soberania normal. Conceber um processo enquanto uma crise, diz o autor, significa tacitamente dar-lhe um significado normativo: "a solução da crise concretiza uma libertação do sujeito colhido por ela". [79]

Neste sentido passemos à análise das categorias que se seguem.

2.5.5 Crise epistemológica do conhecimento (e do Direito)

Edgar Morin aborda a natureza do conhecimento enquanto informações, debruçando-se sobre as teorias que fundamentam o saber apresentando os riscos de erro e de ilusões nas interpretações do "conhecimento", pois que, essas interpretações percebidas pelo estimulo e traduzidas pela linguagem, estão sujeitas ao erro pela possibilidade de ter advindo de uma percepção falsa, ou ter sido influenciada pelo subjetivismo e apresentar uma visão de mundo particularizada e projetada pelo conhecimento e juízo de valores do próprio do tradutor.

Essa forma de análise de uma nova visão de conhecimento é designado pelo autor como "O calcanhar de Aquiles" do conhecimento. E vai além, quando possibilita ao leitor um desenvolvimento analítico dessa questão apresentando as pluralidades de erros possíveis do mental tais como: a imaginação, o egocentrismo e os pecados da memória que são peculiares em toda mente humana. Estes são fatores que podem racionalizar uma verdade aparente e distante da razão propriamente dita.

Lembrando os mitos, ele argumenta que "O ocidente europeu acreditou, durante muito tempo, ser proprietário da racionalidade"[80], o que indica que a racionalidade é discutível e que a razão é negociável. É o que deixa crer o autor; e confirma ainda: "...a racionalidade corre o risco constante, caso não mantenha vigilante a autocrítica quanto a cair na ilusão

[79] Jürgen Habermas. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**, 1999, p. 12.
[80] Edgar Morin, op. cit., p. 24.

racionalizadora. Isso significa que a verdadeira racionalidade não é apenas teórica, apenas criticam mas também autocrítica"[81].

Além dessa questão, temos uma educação recheada de paradigmas que subordina o indivíduo pelos seus modelos mentais, para manter a soberania das verdades estabelecidas, o que incorre para a manutenção das barreiras dos determinismos proibitivos e controladores e, como conseqüência: o "conformismo cognitivo" que ele se refere á pratica de um selo cultural impregnado desde o seu nascimento.

> O imprinting cultural marca os humanos desde o nascimento, primeiro com o selo da cultura familiar, da escolar em seguida, depois prossegue na universidade ou na vida profissional. (...) Assim a seleção sociológica e cultural das idéias raramente obedece à sua verdade; pode, ao contrario, ser implacável na busca da verdade"[82].

Daí, o conhecimento deixa de ser um processo de educação, para ser um processo de indução, para subjugar o indivíduo ao sistema, e o que se tinha até então sobre conhecimento na visão de Edgar Morin, passa a ser um universo de ilusão, no qual o indivíduo deva se manter em constante alerta, para resgatar sua real identidade: "A mente humana deve desconfiar de seus produtos ideais, que lhes são, ao mesmo tempo, vitalmente necessários". Por fim, adverte o autor que é devemos estar permanentemente atentos em relação ao idealismo e a racionalização[83].

Cumpre advertir que a abordagem que se segue, bem como de todo trabalho, encontra-se focada especialmente na cultura ocidental, eurocêntrica e judaico-cristã, pautada em sistemas jurídicos oriundos da civilização Greco-romana, e, agora, em matéria de tutela coletiva, mesclada com a anglo-saxã. Entretanto, esse viés não exclui a possibilidade de se alcançar, antes mesmo de qualquer racionalidade adquirida nesse interregno, mesmo no Darma[84], por meio de incursões filosóficas, algum princípio de justiça primeiro inerente à

---

[81] Edgar Morin, op. cit., p. 27.
[82] Edgar Morin, op. cit., p. 28.
[83] Edgar Morin, op. cit., p. 32. Nesse instante, o autor desnuda o ponto fraco dos sistemas de direito, também produto cultural da humanidade, conseqüência do pensamento racional, herança do metodologismo (ou cientificismo), aspectos tão bem apresentados por Nelson Saldanha in: SALDANHA, Nelson. **Da teologia à metodologia:** secularização e crise do pensamento jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
[84]Darma nas filosofias e religiões da Índia, significa os preceitos morais e religiosos, o exercício da virtude, a conformidade à lei. Ex.: no budismo, a doutrina do Buda; no bramanismo, as regras de vida dos brâmanes. No contexto contemporâneo entendemos tratar-se do exercício da cidadania, esta personificação de toda virtude, de toda justiça.

natureza pura das coisas que regem o universo em que se encontra inserido o homem[85]. Dito isto, passemos à análise que se segue.

Pois, para que a mobilização do conhecimento se dê de forma a ser tratado com os questionamentos necessários de buscas constantes, há que se enfrentar suas complexidades e desenvolver aptidões específicas mentais, para se chegar a uma compreensão do objeto focado. Por isto, a educação deve oportunizar ao individuo, que desenvolva suas habilidades e aptidões naturais, para que ele possa exercitar dentro de suas faculdades mentais, o poder de busca e compreensão das coisas. Essa liberdade, entretanto, é função dos promotores em educação que se utilize conhecimentos globalizados, como instrumento de provocação para a racionalização e crítica de conceitos abertos.

Edgar Morin é objetivo e sua análise sobre o conhecimento dispõe uma visão transparente para o leitor rebuscando em suas lucubrações um desvelamento de consciência, que abre espaço para uma reflexão mais aprofundada a respeito de conhecimento, educação e razão, um debate não apenas sobre educação mas uma proposta de questionar sobre verdades aparentes e verdades não reveladas.

Nessa problematização dos saberes o autor atinge públicos diversos, como sociólogos, filósofos, educadores e afins despertando amplos conceitos prováveis e uma nova proposta de racionalidade sobre as questões de aprendizagem e educação que implicam e conduzem a educação consciente[86].

---

[85] Esta vinculação a algo superior, tido como verdade, é que constituiria a marca do pensar teológico. Nesse sentido todo pensar dogmático (no sentido de Kant) teria um traço teológico, e isso se aplica às grandes filosofias ontológicas da antiguidade e do medievo, além dos sistemas produzidos pelo racionalismo moderno. Contudo, deste modo o "ser" seria apensa um outro nome dado a Deus. Até que o estoicismo lanças as bases para um pensar cosmológico que envolve um "logos ordenador", uma razão sobre as estruturas do mundo, estruturado em arquétipos antigos onde aparecem as imagens ideais. Noutras palavras: um largo sentido cósmico de justiça. Entretanto, a tal ordem das coisas sucumbe às formas secundárias. Na teologia e nos racionalismos modernos é modificada e pervertida, atendendo às suas necessidades de organização e estruturação (Nelson Saldanha, op. cit., p. 20-24).

[86] Oportunamente, Eros Roberto Grau, propõe a distinção entre conflito e litígio. Nesse sentido, o direito resolve litígios, litígios que são limitados pelo objeto da demanda. Em outras palavras: se o litígio é a redução do conflito, então aquele passa a ser um momento deste, um episódio do conflito. Assim, não seria inusitada no âmbito do direito positivo a hipótese de litígio sem conflito. Daí, lamentavelmente, decorre ser o direito dominante autopoiético, na medida em que, no interior do litígio, ele não trata de problemas empíricos, de problemas sociais, porém de problemas internos a si próprios, de seus próprios problemas. O que não exclui, é claro, a possibilidade de haver normas de dentro do sistema (re)produzindo outras normas legitimamente conectadas com o interesse geral. Finaliza Eros Grau: "Pois não é senão disso que tratam, imediatamente, os juristas – dos problemas do direito, apenas; os juristas, em regra, não tratam dos problemas que o direito estaria destinado a resolver...". Ou porque não sabem ou porque não querem (GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**, 2005, p. 24-25).

2.5.6 Crise de formação do Estado constitucional

Segundo Hobbes o mito de que o homem é sociável por natureza nos impede de identificar onde está o conflito, e de contê-lo[87]. Muito embora tal literatura tenha sido escrita dentro da perspectiva do modelo de Estado burguês e a Constituição em vigor adote um modelo de Estado social, o que o autor leciona se presta ao presente trabalho na medida em que é fatível se observar que em grande medida mecanismos da práxis liberal insistem em permanecerem dentro do modelo de Estado atual obstaculando as práticas sociais. Não custa lembrar que por causa do pensamento liberal, no qual reside a supervalorização das qualidades individuais, "a exploração do homem pelo próprio homem", atingiu limites intoleráveis[88].

Neste mesmo sentido Carl Schmitt com precisão alerta que muito embora a maioria das constituições modernas amoldem-se à classificação de um modelo de Estado burguês de Direito, somente o fato de a chamarmos "moderna" não implica nenhum juízo de valor no sentido de progresso, de adequação aos tempos ou coisa semelhante. Até ao contrário, ilustra o catedrático:

> La moderna Constitución del Estado burgués de Derecho se corresponde em sus principios com el ideal de Constitución del individualismo burgués, y tanto que se suelen equiparar estos principios a Constitución y a atribuir el mismo significado a las expresiones 'Estado constinucional' y Estado burgués de Derecho'. [...] Esta clase de Constituciones contiene, em primer término, uma decisión em el sentido de la liberdad burguesa: liberdad personal, propiedad privada, liberdad de contratación, liberdad de industria y comercio etc. [89]

A crise facilmente evidencia-se no confronto paradoxal de interesses: o individual em face do social. Em tempos de igualdade material pujante se faz que as desigualdades sejam

---

[87] Thomas Hobbes em "Leviatã" citado por Renato Janine Ribeiro, In: RIBEIRO, Renato Janine. **Hobbes: o medo e a esperança.** In: Os clássicos da política. Organizado por Francisco C. Weffort. São Paulo: Ática, 2005, p. 57.

[88] Paráfrase à conhecida máxima de Thomas Hobbes de que, em seu estado primitivo, o homem é "o lobo do próprio homem".

[89] SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución.** 4. reimp. Presentación de Francisco Ayala. Epílogo de Manuel García-Pelayo. Versión espanhola de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 2003, p. 137.

consideradas. De fato, o legislador tem cedido às pressões populares, leis como a 10.741/03 (Estatuto do Idoso) e a 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) estão aí para provar. Entretanto, a crise "aparece" no momento da concretização. Trata-se do problema maior do sistema representativo. Isto porque da forma que se estabelece o processo eletivo brasileiro, associado a outros problemas de ordem estrutural, têm ascendido ao Poder tão somente os representantes do capital verdadeiramente interessados em garantir a perpetuidade da ideologia burguesa. Neste instante se instaura uma nova crise intimamente relacionada: a de legitimidade do poder político[90].

2.5.7 Crise na dogmática jurídica: "formalismo" *versus* "substancialismo"

Importante percepção de Fábio Wellington Ataíde sobressai ao apontar que a normatização dos princípios no seio das constituições justifica o aparecimento do paradigma pós-positivista, que impede a ressurreição autônoma de um juiz subjetivista (parcialmente comprometido com a emissão de juízo pessoal de valor no exercício da judicatura) e, ao mesmo tempo, suprime as limitações do positivismo legalista (pretensão de neutralidade do juiz). Com o aporte de Paulo Bonavides o autor conclui que os princípios constitucionalizados conduzem o pensamento jurídico a uma teoria substancial e não meramente formal do Direito[91].

Como já foi dito o Judiciário mais do que qualquer dos poderes ainda não conseguiu se libertar das amarras burguesas. Contudo, é importante destacar que o Legislativo e o Executivo embora tenham amoldado o discurso, e até criado leis modernas, maquiavelicamente[92], ainda guardaram para si a prerrogativa de "dar" (ou não) o direito. Aquele com as famosas lacunas e omissões, textos truncados e com a disseminação de ficções como a de que a "boa interpretação" é a que capta a "vontade do legislador"[93], aliás,

---

[90] Segundo algumas correntes filosóficas atuais, Poder é a potência exercida de modo difuso, e não necessariamente explícito, pelo conjunto das relações sociais sobre os indivíduos, e que lhes impõe determinações que regulam seus modos de ser: comportamentos, interesses, ideologias etc.

[91] Fábio Wellington Ataíde Alves, op. cit., p. 25.

[92] Dando ao termo a justa conotação científica, como se apresenta na obra de Nicolau Maquiavel, autor de "O Príncipe" em ano de 1513, citado por Cláudio Emanuel Correa Lima In: **O Simbolismo em Maquiavel** – Ensaio em duas partes, *passim*.

[93] Eros Roberto Grau, a respeito da *voluntas legis*, em tom crítico afirma que "se o legislador estiver morto, para captarmos sua vontade deveremos contar com o auxílio de um kardecista" (**A jurisprudência dos interesses e a interpretação do direito**, 1992, p. 78).

é o que mais se ouve nas faculdades de direito[94], não raro se tornam meros centros reprodutores do conhecimento jurídico oficial, se nos permitem a crítica; bem como nas dependências dos fóruns desse país a fora, ou melhor como "eles" mesmos diriam: pelo "universo jurídico a fora"[95]. O que não se ouve dizer é: boa para quem? Melhor em que sentido?

Nada obstante a inegável contribuição do pensamento cartesiano, a sua proposta de um racionalismo linear aplicado às relações humanas também trouxe significativos transtornos, levando ao logicismo e ao cientificismo matematizante em contraposição a linha de viquiana com o historicismo[96], a compreensão e a hermenêutica.

O reflexo desse racionalismo na ciência jurídica deu-se com o fechamento, inclusive na relação com outras ciências, motivado na persistência anacrônica de uma auto-imagem onde a "forma" é fator preponderante. O problema mesmo do formalismo é acreditar que a forma é suficiente para conhecer a coisa[97].

É este o dilema brasileiro: não sufragamos a tese substancialista, porque o Judiciário, preparado para lhe dar com conflitos interindividuais, próprios de um modelo liberal-individualista, não está preparado para o enfretamento dos problemas decorrentes da trans-individualidade, própria do (novo) paradigma advindo do Estado Democrático de Direito propugnado na Constituição Federal de 1988[98].

2.6 O diagnóstico da "Terceira Via" e o "Consenso de Washington"

[94] Não é demais lembrar que não é de agora que o CNPq alerta para o fato de "as faculdades de Direito funcionarem como meros centros de transmissão do conhecimento jurídico oficial (...)", Relatório do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico-CNPq, do ano de 1986, citado por Lenio Luiz Streck (Lenio Luiz Streck, **Jurisdição constitucional...**, p. 30-31).

[95] Como se fosse possível existir outra realidade paralela a que de fato vivemos.

[96] Nelson Saldanha em nota a Perelman leciona que o historicismo teria provido da decomposição do cristianismo. Mas entre o cristianismo – o medieval – e historicismo medeia o racionalismo "moderno, com seu derivado o cristianismo; e ao lado do historicismo, ou em sua esteira, o metodologismo (vindo dos formalismos críticos e do neopositivismo) aparece como subproduto tardio que se distingue do historicismo por não se voltar à compreensão do fato de ser tardio Sobre a historicidade da própria razão, e portanto da idéia de "Direito como razão" (Nelson Saldanha, op. cit., p. 9).

[97] Este formalismo veio acompanhado da supervalorização de alguns nomes, num culto quase insano às "autoridades". Tanto é verdade que em dias atuais Kelsen ainda representa para alguns professores uma autoridade suprema. A divinização de uma ideologia personificada num expoente, se feita por um político do Estado, é algo maquiavelicamente compreensível no contexto egoístico do homem.

[98] STRECK, Lenio luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 54.

Sob essa perspectiva enfatiza-se as transformações que atravessam as nações industrializadas nos campos cultural e social a partir das quais se pode compreender melhor a crise do estado de Bem-estar, como também onde os caminhos para sua superação podem ser encontrados. Causada pela queda dos índices de crescimento econômico dos países capitalistas avançados, situação na qual os gastos com saúde, previdência e programas sociais em geral tendem a aumentar em face de uma receita pública declinante, existe, de fato, uma crise fiscal e de financiamento do *Welfare State*. Porém, é no plano das relações sociais que se origina o problema e é lá que se encontra a resposta. A análise feita exclusivamente sobre critérios econômicos não permite compreender o que há na base do esgotamento do modelo, assim como os remédios neoliberais que opõem de modo encantatório as virtudes do mercado aos vícios do Estado intervencionista também não são suficientes.

Pierre Rosanvallon oferece uma das análises mais consistentes acerca da crise e da gestão da crise a partir dos elementos sociais, políticos e culturais da sociedade é a de O Estado Providência, tendo alcançado neste fim de século esses limites, encontra-se diante da necessidade de rever suas finalidades e de reformular um novo contrato social, nos moldes daquele pacto político do pós-guerra sobre o qual erigiu-se. De acordo com ele, o impasse financeiro em que se encontra o Estado, embora existente e grave, é epifenomenal em relação à estrutura das relações sociais, das classes e dos agentes econômicos[99].

Anthony Giddens em resposta à crise do Estado de Bem-estar propõe a sua Terceira Via no sentido de, por um lado, superar as alternativas polares de ação política, colocadas pelo espectro ideológico cujo perfil emerge no contexto da Guerra Fria, entre esquerda e direita; por outro, de constituir um programa político alternativo ao neoliberalismo e que, ao mesmo tempo, reconstrua e supere a social-democracia de velho estilo. Os princípios da terceira via, segundo o autor, são: (a) igualdade; (b) proteção aos vulneráveis; (c) liberdade como autonomia; (d) não há direitos sem responsabilidades; (e) não há direitos sem responsabilidades; (e) não há autoridades sem democracia; (f) pluralismo cosmopolita; e (g) conservadorismo filosófico[100].

Preserva-se, assim, o núcleo axiológico da social-democracia mudando, todavia, o modo de realizá-los, enfatizando as responsabilidades sociais como contrapartida dos direitos, mantendo-se a preocupação com a igualdade, a justiça social e a proteção àqueles mais vulneráveis, vale dizer expostos à incerteza.

---

[99] Pierre Rosanvallon, op. cit., *passim.*

[100] GIDDENS, Anthony. **A terceira via**: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da democracia da social-democracia. Trad. de Maria Luiza Borges. 3. ed. tiragem. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 76.

No que tange ao programa de reforma do Estado da terceira via, Anthony Giddens afirma que o postulado essencial é o do aprofundamento da democracia e do pluralismo, o fortalecimento das parcerias com a sociedade civil para o desenvolvimento autônomo da comunidade[101].

Todavia, há alguns pontos que podem desde já ser incluídos na reforma do Estado: (a) descentralização; (b) renovação e expansão da esfera pública, o que significa maior transparência e abertura, com salvaguardas contra a corrupção; (c) eficiência administrativa, seguindo o princípio ecológico do "obter mais com menos", aprender com as técnicas de gestão mais modernas instrumentos tais como controle de metas, flexibilização de procedimentos, auditorias de desempenho e participação dos funcionários no planejamento, este último um fator de democratização, sem, no entanto, imitar o mercado, mas afirmar-se diante dele pela eficácia; (d) mecanismos de democracia direta; (e) o Estado como administrador de riscos, em especial os riscos artificiais decorrentes do avanço científico e tecnológico, típicos da modernização reflexiva, e que não podem ser deixados unicamente a critério dos especialistas.

Cumpre observar como muitas das propostas de reconstrução do Estado e da esfera pública foram aproveitadas e utilizadas pelo próprio neoliberalismo, mediante uma interpretação muito peculiar, no seu segundo momento teórico, mais construtivo que a mera crítica do Estado intervencionista, em especial a descentralização e a subsidiariedade da atividade estatal em relação à da sociedade civil (novas parcerias), formuladas como alternativa para a privatização e o retorno aos mecanismos de mercado do discurso neoconservador. No entanto, os argumentos originais referentes a tais propostas são de origem progressista, compreendendo aquelas correntes de pensamento comprometidas com a preservação dos valores de justiça social e igualdade, conscientes da incapacidade do mercado em promovê-los.

Sob esta perspectiva sustenta-se que o setor público deve reduzir-se ao mínimo estritamente necessário à manutenção da ordem e da segurança públicas, à garantia da propriedade e dos contratos e a investimentos básicos em infra-estrutura. É o Estado mínimo, advogado não pelo mínimo, mas pelo máximo de intervenção que lhe é permitida, a fim de não obstruir o livre fluxo do capital nacional e internacional numa economia agora globalizada, para além de qualquer "mínimo" de políticas orientadas para o bem-estar ou para a equidade sociais. Isso em decorrência, de que o intervencionismo estatal foi, pois,

[101] Como veremos mais adiante, essa tendência já se verifica no "microssistema" de processo coletivo brasileiro com o reconhecimento da legitimação das associações civil e sindicatos à propositura da Ação Civil Pública.

responsabilizado pelo econômico, e a solução, como não poderia deixar de ser, consistia no retorno aos princípios de livre regulação pelo mercado da alocação de recursos e da produção de bens e serviços.

É o chamado "Consenso de Washington" de inspiração teórica neoclássica e político-ideológica neoconservadora. A solução só poderia incluir reformas estruturais em sentido precisamente oposto, isto é, orientadas para o mercado, desde que os problemas consistiam na indisciplina fiscal dos Estados, na excessiva intervenção pública, nas restrições ao comércio externo e nos diversos subsídios à economia.

As novas elaborações para além do Consenso de Washington reconhecem a imprescindibilidade das políticas públicas na promoção do desenvolvimento econômico e da competitividade e eficiência dos mercados nacionais. Ao mesmo tempo, ampliam seus objetivos, até então restritos ao crescimento econômico, abrangendo o bem-estar e mesmo aspectos mais políticos de cidadania, participação popular, descentralização e responsabilização (*accountability*[102]), e elaboram outros instrumentos, para além da liberação comercial, ajuste fiscal e privatização, compreendendo investimentos em educação, infra-estrutura e desenvolvimento tecnológico.

Nesse sentido, o estudo acerca do funcionamento da máquina administrativa, da burocracia estatal passa a ocupar o topo da lista de preocupações dos formuladores de reformas e políticas de ajuste. Descoberto o papel positivo que os governos e as administrações públicas podem desempenhar, tornou-se imprescindível o desenvolvimento de um conhecimento, uma ciência da administração pública e do bom governo.

2.7 O serviço público como pressuposto de materialização do *Welfare State*

A concepção que se tem acerca de serviço público passa por mudanças tais que repercutem nas representações jurídicas do fenômeno e nas palavras que o designam.

Com precisão Odete Medauar traça um interessante panorama paras as crises que permeiam o serviço público em dias atuais, destacando que o serviço público sempre espelhou

[102] O termo significa "prestação de contas".

o desenvolvimento da sociedade e do Estado, sendo movido por fatores econômicos, sociais e tecnológicos[103].

Tais fatores foram intensificados nos últimos tempos, causando alterações e levantando questões, as quais também decorrem de preceitos contidos em tratados e textos de direito internacional, como os da Comunidade Européia, por exemplo, que alcançaram difusão fora dos Estados que a integram, repercutindo na doutrina publicista e nas leis de outros países.

2.7.1 O ponto de vista norte-americano

Os norte-americanos trazem a lume o pensamento dominante nos países da *common law*, conhecido como o paradigma das *public utilities*. Esse pensamento serviu de inspiração para os princípios que regem os tratados e outros textos da Comunidade Européia, dando origem a um grande interesse pelo seu estudo e sua conseqüente propagação.

Basicamente o teor desse modelo implica que as atividades que atendem a necessidades públicas devem ser providas de modo igual ao de qualquer outra atividade econômica, ou seja, devem ser providas por empresas privadas, as quais devem se submeter ao controle de agências federais ou de agências dos Estados-membros, para que se obtenha o resultado decorrente de uma conciliação entre o objetivo privado da maximização do lucro e o atendimento do interesse público, expresso no fornecimento de serviços adequados com tarifas moderadas, sem perder de vista a proteção à livre concorrência[104].

As *public utilities* surgem como atividades que convergem para o interesse público, e, por isto, se submetem ao controle dos preços, para que se tenha um preço justo e razoável, ao controle da qualidade dos serviços[105] e outros controles, realizados, sobretudo, por agências

---

[103] Domenico Sorace citado por Odete Medauar (MEDAUAR, Odete. Nova crise do serviço público? In: **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva.** Coordenado por Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 527-538).

[104] Esse pensamento exara da mera exegese do artigo 170 da CF, o qual, não casualmente, inaugura o capítulo que trata da ordem econômica.

[105] A Constituição brasileira consagra a eficiência nos serviços públicos como princípio de balizamento necessário à Administração Pública em todas as esferas (art. 37, *caput*).

reguladoras independentes[106], com vistas a alcançar o controle dos monopólios privados e integrar as falhas do mercado e garantir a concorrência.

2.7.2 O ponto de vista europeu

No ocidente, a França foi o lugar de origem da noção de "serviço público". Desnecessário volver sua origem mais remota, é possível afirmar que foi no começo do século XX, com Duguit e Jèze, que deu-se início em território francês à Escola do Serviço Público e se alicerçou no ordenamento daquele país a noção de serviço público[107].

Em Duguit e Jèze detectam-se as idéias principais a respeito do serviço público. Duguit emite o seguinte conceito: "Serviço público é toda atividade cuja realização deve ser assegurada, disciplinada e controlada pelos governantes, porque a realização dessa atividade é indispensável à efetivação e ao desenvolvimento da interdependência social e não se pode realizar a não ser com a intervenção da força governamental"[108].

Segundo Duguit "a idéia de serviço público está na obrigação que se impõe aos governantes". "Se há uma *puissance publique* ela é um dever, uma função, não um direito." Por seu turno, Jèze afirma que o Estado constitui conjunto de serviços públicos e que a idéia de serviço público está intimamente vinculada com a de procedimento de direito público. Odete Medauar ressalva que a última associação, serviço público/procedimento de direito público, não é citada por Duguit[109].

O conhecimento acerca da idéia de serviço público somatizou tanta consistência no sistema francês que passou a servir de ponto inegável de partida no direito administrativo e exigência *sine qua non* para o exercício da competência jurisdicional administrativa.

A partir de 1921, começaram a surgir inquietações acerca dessa noção do serviço público, relacionadas à iniciativa privada, tais como: gestão por particulares; serviço público realizado sob normas do direito privado etc. Esses acontecimentos levaram a concepção da Escola do Serviço Público à chamada "Crise da Noção de Serviço Público", nome, aliás, dado

---

[106] As agências reguladoras surgem no Brasil em meio as grandes privatizações ocorridas na década de 90 (séc. XX). Sobre o assunto ver: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.
[107] Odete Medauar, op. cit., p. 528.
[108] Odete Medauar, op. cit., p. 528.
[109] Odete Medauar, op. cit., p. 528-529.

à obra de Jean-Louis Corail, da década de 50, séc. XX. Esse fenômeno levou muitos autores franceses, Eisenmann é um deles, a divulgarem o fim da noção de serviço público[110].

Em verdade, essa dificuldade, significou apenas uma transformação da concepção da Escola do Serviço Público. Os franceses passaram a admitir a gestão privada e a aceitar o direito privado no regime jurídico do serviço público, aparecendo, então, como seguimento de estudo, o serviço público industrial e comercial.

Com a força pela estatização implementada a partir da década de 50 do século XX, a qual levou ao influxo pelo Estado, instalando-se em regime de monopólio total, de vários serviços públicos antes executados pelo setor privado, o assunto "serviço público" não mais recebeu atenção privilegiada por parte de estudiosos e representantes.

O modelo europeu de serviço público é inegavelmente semelhante à concepção anglo-saxônica. Até os anos 90 (séc. XX) não existia desempenho significativo da Comunidade Européia em matéria de serviços públicos. A idéia de serviço público passa a existir no artigo 77 do Tratado de Roma, referindo à política comum dos transportes, prevendo alguns subsídios[111].

Posteriormente, com a consagração da concorrência nessas atividades, apareceram textos voltados para dar tratamento econômico a funções que sempre foram consideradas serviços públicos. O serviço público face ao monopólio estatal aparecia, então, como um empecilho à livre circulação e ao livre mercado.

Mais significativo, o artigo 90.2 do Tratado em referência, que é o artigo 86.2 na versão materializada, consigna a matéria nos seguintes termos:

> As empresas encarregadas de serviços de interesse econômico geral ou apresentando o caráter de um monopólio fiscal estão sujeitas às normas do presente Tratado, em especial às regras da concorrência, nos limites em que a aplicação de tais normas não obste ao cumprimento, em termos de direito e de fato, da específica missão que lhes é atribuída. O desenvolvimento das trocas não deve ser compromissado em medida contrária aos interesses da comunidade[112].

De acordo com esse dispositivo, os serviços públicos, sob o nome de "serviços de interesse econômico geral", submetem-se às regras da concorrência e demais normas do

[110] Odete Medauar, op. cit., p. 529.
[111] Odete Medauar, op. cit., p. 530.
[112] Odete Medauar, op. cit., p. 530-531.

Tratado. Todavia, algumas ressalvas são admitidas, em caso de risco à tarefa especialmente imputada, ou seja, a defesa de interesses da comunidade.

Textos da comunidade européia aprimoraram e deram notoriedade ao conceito de "serviço universal", indicando que a finalidade do serviço universal é disponibilizar para o consumidor um serviço mínimo, segundo uma qualidade definida e a um preço justo.

Ainda mais precisa é a concepção de serviço universal presente na Diretiva 97/33/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30.6.1997, que clareia com os seguintes parâmetros: "Um conjunto mínimo definido de serviços de determinada qualidade, disponível a todos os consumidores de serviços públicos, independentemente de sua ubiquação geográfica e a um preço acessível"[113].

Esses apontamentos provocaram altercações e laborações doutrinárias em torno da prevalência ou não da concepção de serviço público. Há quem afirme ser essa uma nova crise do serviço público.

Vários autores franceses foram contrários a tais concepções. Alguns autores espanhóis chegaram a afirmar que o serviço público deixou de existir, devendo-se repelir a titularidade do Estado dessas atividades; esse comando era no sentido de pensar em prestações a serem garantidas, e não em reserva de setores de atividades. Entretanto, esses proponentes também observam tratar-se de prestações concretas, de caráter básico e universal[114].

Inúmeras expressões levaram a Comissão da Comunidade Européia a publicar um "Vocabulário". Na Comunicação de 11.9.1996 acerca dos "serviços de interesse geral" surge a seguinte questão: do que se fala? Em seguida são propostas definições distintivas: "Serviços de interesse geral" – designam as atividades de serviço, mercantis ou não, consideradas de interesse geral pelas autoridades públicas e submetidas, por esta razão, a obrigações específicas de serviço público. "Serviços de interesse econômico geral" – Mencionados no Tratado, no artigo 90, designam as atividades de serviço mercantil realizando missões de interesse geral e, em virtude disso, submetidas pelos Estados-membros a obrigação específicas de serviço público. É o caso, em particular, dos serviços em rede de transporte, de energia, de comunicação. "Serviço público" – esta expressão tem duplo sentido: ora designa o *organismo* de produção de serviço, ora visa à "missão" de interesse geral confiada a este. É com o objetivo de favorecer ou de permitir o cumprimento da missão de interesse geral que específicas obrigações de serviço público podem ser impostas pela autoridade pública ao organismo de produção do serviço, por exemplo, em matéria de transporte terrestre, aéreo ou

[113] Odete Medauar, op. cit., p. 531.
[114] Ariño, Cuetara e López-Muniz referenciados por Odete Medauar, op. cit., p. 532.

ferroviário ou em matéria de energia. Essas obrigações podem se exercer no escalão nacional ou regional. Note-se que freqüentemente confunde-se, de modo errôneo, "serviço público" com "setor público" (aí incluída "função pública"), isto é, missão e estatuto, destinatário e proprietário. "Serviço universal" – Desenvolvido pelas instituições da Comunidade, este conceito evolutivo define um conjunto de exigências de interesse geral às quais deveriam se sujeitar, em toda a Comunidade, as atividades de telecomunicações ou de correios, por exemplo. As obrigações decorrentes visam a assegurar em toda parte o acesso de todos a certas prestações essenciais, de qualidade e a um preço acessível[115]."

2.8 Serviço público, serviço de interesse econômico geral e serviço universal

Com tantas expressões nos documentos da comunidade européia foi inevitável o surgimento de muitas elaborações doutrinárias com o intento de aclará-las.

A primeira questão a ser enfrentada, então, foi: é possível distinguir "serviço público" de "serviço de interesse econômico geral"? Várias concepções emergiram partindo daí.

É inegável a terapêutica e o ângulo econômico do ponto de vista europeu. Doutrinadores franceses[116] asseveraram que esta visão e seus desígnios antagonizam a percepção social do serviço público e à inquietação com a interdependência social. A visão comunitária, entretanto, exclui do approach do mercado as missões de interesse geral.

Segundo Sorace Domenico, aparecendo interesses públicos relacionados à atividade, haveria uma noção genérica e ampla de "serviço público". Por outro lado, Guglielmi e Koubi acreditam que "seria errôneo afirmar que o direito comunitário ignora a noção de serviço público. Apenas, a concepção de serviço público está contida em quadros estreitos porque está inserida na lógica da livre concorrência sobre a qual repousa a filosofia dos tratados sobre o mercado comum, sobre a Comunidade Européia, sobre a União Européia"[117].

Tantas expressões no estudo de serviço público – às vezes no intuito de substituir essa visão clássica, outras vezes para delinear um novo ajustamento – indicam o seu não-desaparecimento, até mesmo no cenário europeu. Os franceses não extinguiram; pelo contrário, manifestaram com altivez reação a favor do *service public à française*, numa

[115] Odete Medauar, op. cit., p. 532-533.
[116] Por exemplo: Guglielmi e Koubi, In: Odete Medauar, op. cit., p. 533.
[117] Odete Medauar, op. cit., p. 532.

tentativa de, reconhecendo sua imperatividade, amoldar a visão francesa às opiniões difundidas no resto da Europa continental, fazendo referência à prevalência do serviço público, contudo nunca a extinção.

Em território italiano, Filippo Salvia observa que o Decreto-lei 80/1998 estabelece novo caso de competência exclusiva do juiz administrativo: as controvérsias em matéria de serviços públicos. Incluídos aí os serviços universais, os serviços liberalizadores, considerando mais o conhecimento francês do que o italiano. Nos julgados italianos a prestação de utilidades favorecendo o uso público assinalar a compreensão de serviço público[118].

Claude Quinn e Gilles Jeannot, por seu turno, observam que, nos diversos Estados europeus, expressões variadas são imputadas a setores semelhantes como os de água, energia, saneamento, transportes, correios, telecomunicações, estradas. Na Finlândia e Suécia denominam-se "serviços de bem-estar". Na Inglaterra a expressão *public utility*, cuja tradução pode significar "empresa de utilidade pública", aplica-se a transportes, água, gás, eletricidade, telecomunicações, correios, significando certo número de atividades fundamentais, caracterizadas por certo monopólio, um sistema de infra-estrutura muito importante, uma posição estratégica no desenvolvimento, o que implica uma regulação e um controle públicos. Já na Espanha é possível de serem reservados serviços públicos essenciais, nos termos da Constituição de 1978, artigo 128-2. Enfim, por todo território francês estão presentes nessas atividades a responsabilidade e o controle da autoridade pública[119].

2.9 Serviço Público no Brasil

No Brasil os debates enfrentados na Europa e as reformas constitucionais ocasionaram altercações acerca da constância da concepção de serviço público. Vejam-se, por exemplo, os trabalhos de Carlos Ari Sundfeld[120] e de Dinorá Musetti Grotti.[121] Atualmente já se sabe que o serviço público pode estar incluído, inclusive, na atividade econômica, podendo até ser considerado como atividade econômica.

---

[118] Filippo Salvia citado por Odete Medauar, op. cit., p. 533.
[119] Claude Quinn e Gilles Jeannot citado por Odete Medauar, op. cit., p. 532.
[120] SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: **Direito Administrativo Econômico**. Coordenado por Carlos Ari Sundfeld. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 17-38.
[121] GROTTI, Dinorá Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: **Direito Administrativo Econômico**. Coordenado por Carlos Ari Sundfeld. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 39-71.

A Carta Política de 1988 distinguiu "serviço público" de "atividade econômica". Deste modo, o artigo 175 estabelece: "Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos". Por seu turno, o artigo 173 impõe ao setor privado, essencialmente, a prática da atividade econômica, *a contrario sensu*: "Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei".

É possível perquirir se o aparecimento, especialmente a partir de 1995, de inúmeras reformas que relativizaram monopólios estatais, parcialmente ou não, refletiu na interpretação do artigo 175, de modo que estaria abolida a titularidade estatal de atividades, e deste modo, não mais se poderia falar de serviço público.

Nesse sentido, José Afonso da Silva, com agudez contumaz, permanece diferenciando atividade econômica de serviço público, nos seguintes termos:

> A *atividade econômica*, no regime capitalista, como é o nosso, desenvolve-se no regime da livre iniciativa sob a orientação de administradores da empresa privada. (...) O *serviço público* é, por sua natureza, estatal. Tem como titular uma entidade pública. Por conseguinte, fica sempre sob o regime de direito público. O que, portanto, se tem que destacar aqui e agora é que não cabe titularidade privada nem mesmo sobre os serviços públicos de conteúdo econômico (...)[122].

Inspirando-se em Leon Diguit, Eros Roberto Grau, informa que "a noção de serviço público há de ser construída sobre as idéias de coesão e independência social"[123]. Assim, parece considerar a existência de uma atividade econômica em sentido estrito.[124] Todavia, no mesmo trabalho, diferencia os "serviços públicos privativos" dos "serviços públicos não-privativos", concluindo que em edições anteriores afirmara, de modo equivocado, que estes últimos tinham por substrato atividade econômica[125].

Compreendemos que não é adequado considerar o serviço público como atividade econômica. De um lado tem-se o artigo 175 da Constituição de 1988, o qual atribui expressamente o serviço público ao Poder Público, podendo ser efetivado pelo setor privado

---

[122] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 777-778.
[123] GRAU. Eros. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 164.
[124] Eros Roberto Grau, ibid, p. 141.
[125] Eros Roberto Grau, ibid, p. 153.

mediante concessão ou permissão. Verifica-se que a Carta Maior estabeleceu a obrigatoriedade da presença do Poder Público na atividade tipificada como serviço público – presença que pode ser forte ou fraca, mas que não pode ser abolida. Tal presença verifica-se na escolha do modo de realização da atividade, na sua destinação ao atendimento de necessidades da coletividade. Daí, ser fundamental a pertença do serviço à Administração Pública, situação que não implica, obrigatoriamente, exercício direto.

Observa-se, contudo, que preceitos contidos no artigo 170 e destinados a orientar a atividade econômica não se aplicam ao serviço público. É o caso da livre iniciativa; não se pode dizer que a prestação dos serviços públicos é orientada pela livre iniciativa. Deste modo, a disposição de transferir o implemento ao setor privado é sempre da Administração.

É forçoso aproveitar ao serviço público o disposto no parágrafo único do artigo 170 da Magna Carta, uma vez que todos os serviços públicos realizados por particulares só são legítimos se houver consentimento do Poder Público. Noutras palavras, a gestão por particulares exige título jurídico, de atribuição, emitido pela Administração, que dita também o modo de realização do serviço.

As concepções comunitárias se colocam num sistema normativo intrinsecamente delimitado por objetivos de circulação de mercadorias e de serviços, para formar um mercado único. Em muitos países o serviço público se insere em âmbito normativo no qual os aspectos econômicos não são obrigatoriamente prevalentes nem exclusivos, situando-se em contexto mais amplo, expressão de uma idéia de Estado.

O serviço público muda sua conformação segundo as transformações da sociedade, da tecnologia, da política. Fatores econômicos, a concorrência, a gestão privada, são inseridos nesse contexto sem jamais deixar de lado o social, a coesão social, os direitos sociais, tudo sem jamais suprimir o Estado.

Outrossim, as atividades essenciais à coletividade não podem ficar à mercê somente do jogo do mercado. Expressa uma atividade submetida não às únicas leis do mercado, mas as regras de funcionamento do Estado, que impõem a este uma exigência; esse elemento de exigência é precioso porque é elemento de proteção de classes menos favorecidas[126].

2.10 O consumidor de serviços públicos na Constituição de 1988: a aplicação do CDC

[126] Dugui e Demichel citados por Odete Medauar, op. cit., p. 538.

Juarez Freitas[127] chega a adotar a expressão "cidadão/usuário" de serviços públicos, revelando que sua defesa não se encontra totalmente desprotegida, à mercê da referida positivação legal.

Parece-nos evidente, no entanto, que ao se utilizar as expressões "usuário-consumidor" ou "cidadão-usuário", evidencia-se um esvaziamento do significado e, conseqüentemente, do alcance que a atual Constituição e o CDC buscam conferir a esses direitos. Em verdade, o consumidor de serviços públicos merece o mesmo tratamento dispensado às relações de consumo privadas. O que não implica perder de vista que em toda aplicação é preciso haver ponderação; e que, em se tratando de concretização de políticas públicas, o grau de complexidade pode requerer mais do intérprete. Nesse sentido, é imperativo a aplicação das normas protetivas do CDC às relações de consumo de serviços públicos, com maior razão se o serviço é exercido por meio de concessões.

Claro está que elaborar terminologias distintas a pretexto de melhor especificar, em verdade pode esconder interesses inconfessáveis no comprometimento da eficácia desses direitos mais que fundamentais.

Com a consagração desses direitos sociais e sua inserção nos textos constitucionais, passou-se a atribuir ao Estado determinadas características, assumindo este o papel de Estado Social, responsável pela prestação de serviços à população, como forma de compensar desigualdades, e pela produção de bens essenciais, mediante atuação de empresas públicas e sociedades de economia mista.

Ruy Samuel Espíndola leciona que a agilidade, o atendimento hígido e eficaz dos serviços públicos, as demandas de seus cidadãos-consumidores, a continuidade e regularidade de sua presteza, refletem-se nos imperativos otimizatórios do princípio da eficiência[128].

José Augusto Peres Filho, com lucidez registra que a prestação do serviço público deve ser feita atendendo aos interesses não apenas do Estado, mas também de seus destinatários, ou seja, de todos os que àquele recorrem na intenção de verem supridas as suas necessidades legitimamente surgidas com a disposição estatal de atendê-las[129]. Segundo o

---

[127] FREITAS, Juarez. O controle social e o consumidor de serviços públicos. **RTDP**. São Paulo, n. 23, 1998, p. 24 e 31.

[128] ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas. In **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição.** George Salomão Leite (Organizador). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 261.

[129] PERES FILHO, José Augusto, **Responsabilidade do Estado no Código de Defesa do Consumidor**, 2002, p. 36-37.

autor, surgem, desse modo, os consumidores dos serviços públicos que, como todo consumidor, estão constitucionalmente protegidos.

Ao tratar da "Proteção dos usuários de Serviços Públicos", Ronaldo Porto Macedo Júnior destaca que na medida em que o Estado assume a obrigação de garantir o bem-estar dos indivíduos, a dignidade, a qualidade de vida, defronta-se com a intenção política do Direito do Consumidor e do papel do Estado, os quais encetam o ideário de "usuário-consumidor"[130].

Karine Borges Goulart, em artigo intitulado "As organizações sociais", chega a destacar que o agigantamento do Estado não possibilitou, todavia, a consecução dos objetivos almejados, com a disponibilização de serviços e bens essenciais a toda a população[131], inclusive os serviços judiciários. Por outro lado, a manutenção da estrutura estatal exigia recursos vultosos, a serem obtidos por intermédio da tributação, sendo atribuída ao Estado a característica da ineficiência[132].

A Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da eficiência em dois importantes e significativos capítulos: "Da Administração Pública" e "Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica". Quanto ao primeiro, foi introduzido pela Emenda Constitucional 19/98, artigo 3º, no *caput* do artigo 37, como diretriz da Administração Pública. Diz o texto que: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e "eficiência" (...)", este, de acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, sendo consagrado como um "direito difuso da cidadania"[133]. E no

---

[130] MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A proteção dos usuários de serviços públicos – a perspectiva do direito do consumidor. In: **Direito Administrativo Econômico.** Carlos Ari Sundfeld (Organizador). São Paulo: Malheiros, 2000, p. 253.

[131] GOULART, Karine Borges. As organizações sociais. In: **Revista da Procuradoria Geral do INSS.** Vol. 8, p. 17.

[132] Em prodigioso discorrer, Fábio Wellington Ataíde Alves, contextualiza o princípio da eficiência enquanto catalisador de uma revolução porque passa o serviço público, dentro das perspectivas que se apresentam ao magistrado na "era pós-moderna", destacando a insurgência de uma nova era, criadora de um "sentir" constitucional apto a por termo ao histórico desprezo pelas leis fundamentais. Com precisão o autor destaca que a Constituição de 1988 inaugura uma nova fase para o juiz, um novo ciclo, ainda em andamento, o da "politização", consubstanciada na negação de tudo o que se arquitetou até então em desfavor da eficiência judiciária (ALVES, Fábio Wellington Ataíde. O juiz: retrospectiva e perspectivas. In: **Revista Jurídica *Verba Volant, Scripta Manent.*** V. 3, n. 1, (dez. 2007), p. 11-29. – Patos: FIP (Faculdades Integradas de Patos, 2007, Anual, p. 24). Nesse sentido conferir também: VERDÙ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional** – Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução e Prefácio: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 15-16.

[133] Tocante a este aspecto, importante esclarecimento é trazido a lume por Vladimir da Rocha França quando denuncia que muito se confunde um fundamento ou uma diretriz com um princípio jurídico. Nesse sentido, clareia que a cidadania não é um princípio, mas, sim, um fundamento constitucional a ser concretizado pro via normativa. Ressalva, todavia que "Isso não implica dizer que estamos menosprezando a função jurídica da cidadania. Como fundamento constitucional, tem a função normativo-jurídica de, ao lado de sua função político-

segundo, artigo 175, consigna que "Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único: A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado[134]".

Embora a idéia sobre a existência do princípio da eficiência não seja nova, seu estudo engendra cogitações mais profundas e um trato mais técnico, em decorrência do novo rumo tomado pelo Constitucionalismo moderno.

Alguns fatores devem ser destacados. Com precisão Antônio Rodrigues de Freitas Júnior, o faz com os seguintes contornos: a) nossos indicadores sociais apontam para uma realidade de miséria absoluta; b) a existência paradoxal de setores intensamente modernizados; c) o legado militar, em contrapartida ao endividamento externo, de uma economia internamente industrializada, um mercado interno exigente e um segmento consumidor sofisticado e arrojado; e, d) após longos anos de um itinerário lento e gradual, a insegurança de um quadro institucional que em suas componentes democráticas ainda não se completou[135].

É, nesse contexto, que se tem como assegurado o direito ao serviço público - não qualquer serviço público, mas apenas aquele prestado de molde adequado, entendendo por isto o serviço de qualidade, ou, em outra palavra, eficiente. Entretanto, ainda paira certa obscuridade (legislação e doutrina) acerca dos limites demarcatórios entre serviço eficiente e serviço adequado, no que tem se aportado a Administração para justificar sua ineficiência.

Entretanto, quase pacífica é a idéia de que a garantia da prestação de um serviço público está condicionada ao atendimento do princípio da eficiência. Aclarar o que seja esta eficiência, porquanto "direito difuso da cidadania", condição do serviço público, mas não podendo fazê-lo pura e simplesmente, pois é imperativo que resolvamos algumas questões

---

simbólica, servir de padrão axiológico para operador jurídico, na construção e concretização do ordenamento jurídico" (FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência Administrativa na Constituição Federal. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 10, junho/julho/agosto, 2007. Disponível na Internet: http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp. Acesso em: 29 de fevereiro de 2008, p. 3-4). Nesse sentido conferir também: TEUBNER, Günther. RÜDIGER, Dorothee Susanne [et al]. **Direito e cidadania na Pós-modernidade.** Piracicaba: UNIMEP, 2005.

[134] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Apontamentos sobre a Reforma Administrativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 38.

[135] FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. **Os direitos sociais e a Constituição de 1988: crise econômica e políticas de bem-estar**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 2.

precedentes, como a forma de ingresso do princípio da eficiência, com que força etc., no Direito, o conceito e a natureza jurídica dos princípios, os direitos dos consumidores de serviços públicos, para, a partir daí, adentrarmos os aspectos jurídicos específicos relativos à aplicação do princípio da eficiência à defesa do consumidor de serviços de saúde prestados pelo Estado.

No Código de Defesa do Consumidor - CDC - (art. 3º, *caput)* o legislador conceituou fornecedor como "toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços."

Nessa definição ficou expressamente evidenciada a qualidade de fornecedor do Poder Público.

Ademais, no inciso X do artigo 6º, o CDC reforça essa idéia de Estado fornecedor de serviços, ao elencar entre os direitos básicos dos consumidores "a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral". Com maior razão se o serviço público for concedido[136].

Ao dizer o artigo 3º do CDC que o fornecedor pode ser pessoa jurídica pública, deve-se entender aí incluídas todas as pessoas que representam os interesses do Poder Público, direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) ou indiretamente, através de empresas públicas, autarquias, e fundações públicas. Por maior razão, não podem ficar de fora as pessoas jurídicas de direito privado que exercem funções por delegação, concessão ou permissão do Poder Público (as sociedades de economia mista, concessionárias e permissionárias).

O estatuto do consumidor, no *caput* do artigo 22, ainda disciplina, expressamente, a obrigação de se enquadrarem os órgãos públicos nos limites que impõe quanto ao fornecimento de serviços. Assim, está vazado o dispositivo: "Os órgãos públicos, por si ou por suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos".

Afirma Luiz Antonio Rizzatto Nunes, que nesse ponto, o legislador quis garantir-se de que, no caso do fornecedor, nenhuma pessoa jurídica escapasse de se enquadrar na hipótese

---

[136] Sobre o assunto conferir a dissertação de mestrado de autoria de Maria José Galleno de Souza Oliveira, defendida na Faculdade de Direito da Universidade Estadual de São Paulo (Unesp): OLIVEIRA, Maria José Galleno de Souza. **A defesa dos usuários de serviços públicos concedidos no Brasil.** São Paulo: Livraria Paulista, 2004.

legal[137].

Desse modo, incontestável a condição de fornecedor emprestada pelo CDC ao Poder Público que, conseqüentemente, deve ater-se e submeter-se a todos os termos daquele diploma legal, quando presta serviços aos seus consumidores.

Eros Roberto Grau em importante trabalho, sobre o artigo 174 da CF/88, oportunamente leciona que "fiscalizar significa prover a eficácia das normas e medidas encetadas, pelo Estado, no sentido de garantir os princípios que conformam a ordem econômica"[138].

2.10.1 Serviço público eficiente e serviço público adequado

O termo é usado em sentido natural (comum) da língua nacional, donde provem a sua compreensão técnica[139].

Existe uma quase unanimidade no que se refere ao significado natural do termo "eficiência". Neste sentido, Ubirajara Costódio Filho chega a afirmar tratar-se de "sinônimo de eficácia, qualidade de algo que produz bons resultados, que funciona de acordo com o padrão esperado ou aceitável, pelo menos"[140]. Igualmente, Alécio Saraiva Diniz considera também o termo como: "sinônimo de eficácia, daquilo que produz o resultado perseguido"[141].

Desse modo, verifica-se que a expressão em apreço volta-se à real efetivação dos fins colimados pelo direito. Odete Medauar informa que a palavra "eficiência" está ligada à idéia de ação direcionada à produção de resultado, de modo rápido e preciso, para satisfazer às necessidades da sociedade[142]. Daí decorre, em sentido oposto, que seu antônimo será: lentidão, descaso, negligência e omissão.

Ana Luísa Celino Coutinho com precisão conjuga os posicionamentos de Alécio Costódio Filho e Paulo Modesto, exarando que quando utilizado no âmbito da ciência da

---

[137] RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor - direito material.** São Paulo: Forense, 2000, p. 92.
[138] GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 281.
[139] Clarice von Oertzen de Araujo, sintetizando o pensamento de Chomsky e Jakobson, informa que a aproximação das linguagens artificiais formalizadas a uma liberdade de contexto e, de modo inverso, a permeabilidade contextual das linguagens naturais diferenciam substancialmente as duas classes comunicacionais. As linguagens formalizadas, que servem para distintas finalidades científicas e técnicas, constituem transformações artificiais da linguagem natural e, em particular, de sua variedade escrita (OERTZEN DE ARAÚJO, Clarice von. **Semiótica do direito.** São Paulo: Qaurtier Latin, 2005, p. 18).
[140] Ubirajara Costódio Filho referenciado por Ana Luísa Celino Coutinho, op. cit., p. 105.
[141] Alécio Saraiva Diniz referenciado por Ana Luísa Celino Coutinho, op. cit., p. 105.
[142] MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 2. ed., São Paulo: RT, 1998, p. 157.

administração, o termo "eficiência" tem seu sentido ampliado, ligando-se à correta e adequada utilização dos recursos disponíveis, não raras vezes, traduzido no desejo dos administradores como mera otimização dos meios"[143].

Do ponto de vista jurídico, o princípio da eficiência obriga o agente público a uma atuação que produza resultados favoráveis à concretização dos fins que cabem ao Estado alcançar. Quando associado à Administração Pública, determina o dever desta de agir de modo rápido e preciso, pra produzir os resultados que satisfaçam às necessidades da população. Traduz-se, contudo, não apenas no dever de administrar de modo razoável e conforme a moral, mas lançando-se mão das melhores opções disponíveis, mas no dever de atingir a solução que seja ótima ao atendimento das finalidades públicas, sem, no entanto, tornar-se apenas uma solução possível; mas, sim, a melhor solução. Duas dimensões sob o aspecto jurídico são apontadas: a) a dimensão da racionalidade e otimização no uso dos meios; b) a dimensão da satisfatoriedade dos resultados da atividade administrativa pública[144].

A autora em referência destaca que não faltaram opiniões que, por ocasião da Proposta de Emenda Constitucional 173/95, refutaram a necessidade de inserção do termo "eficiência", por entendê-lo desnecessário e redundante.

Em sentido comum os termos "eficiência" e "eficácia" são tidos como sinônimos. Enquanto que "eficácia" é a mera possibilidade jurídica de realização de um direito, em seu sentido jurídico, o termo "eficiência" relaciona-se ao dever do poder público de organizar sua atuação para o atendimento das necessidades de interesse público, de modo satisfatório.

São características do princípio da eficiência: a instrumentalidade e a pluridimensionalidade[145].

Tratando da instrumentalidade, não é uma característica exclusiva deste princípio, e sim, comum a todos os princípios da Administração Pública. Alicerçado neste atributo, o princípio da eficiência, como todos os outros, exerce as funções: ordenadora, hermenêutica, limitativa e diretiva.

A pluridimensionalidade, por seu turno, se traduz no fato do mesmo não se reduzir à mera economicidade (racionalidade e otimização no uso dos meios[146]), ou seja, a uma relação tão-somente quantitativa entre o uso dos meios e a consecução dos fins previstos em lei, mas, também, leva em consideração, a satisfatoriedade dos resultados da atividade administrativa.

---

[143] Ana Luísa Celino Coutinho, op. cit., p. 105-106.
[144] Ana Luísa Celino Coutinho, combinando os pensamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Odete Medauar e Marcelo Harger, op. cit., p. 105-106.
[145] Paulo Modesto referenciado por Ana Luísa Celino Coutinho, op. cit., p. 111-112.
[146] É mais do que evidente que a qualificação de pessoal que, em termos de administração pública, corresponde à otimização no uso dos meios, ou pelo menos, à esfera mais importante deles, encontra-se inserida neste contexto.

Em outras palavras, o princípio da eficiência impõe a adoção da melhor opção, não deixando ao administrador público a possibilidade de escolher a alternativa menos eficaz.

1.10.2 O caráter principiológico de eficiência

A idéia de norma jurídica (norma programática) destituída de eficácia normativa, reiteradamente utilizada para negar vigência a uma imposição constitucional, queda, nos dias de hoje, irremediavelmente superada, visto que, seja ela qual for, há de se respeitar, pelo menos, a "função interpretativa dos preceitos programáticos", nas lúcidas palavras de JJ. Gomes Canotilho[147]. Essa mudança de perspectiva resgata a força eficacial do princípio *sub examine*, com reflexos significativos sobre a Administração Pública.

Ao legislador, em primeira mão, compete atualizar e concretizar o conteúdo da Constituição, pois a ela está materialmente vinculado, positiva e negativamente. Isto porque, como bem sintetizou JJ. Gomes Canotilho, "(...) não há âmbito ou liberdade de conformação do legislador (positivo ou negativo) contra as normas constitucionais nem discricionariedade da Lei Fundamental"[148]. Com igual razão, destaca Ingo Wolfgang Sarlet, em clássico trabalho, que "não mais se cuida de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado"[149].

Vladimir da Rocha França é preciso ao apresentar os elementos para a caracterização da eficiência como princípio. Segundo o autor, "os princípios constitucionais são expressões normativas consolidadas a partir dos valores (fundamentos constitucionais) ou fins (diretrizes constitucionais) constitucionais, que garantem a coerência, a unidade e a concreção de todo o ordenamento jurídico". Por maior razão, conclui o autor que são normas hierarquicamente superiores às regras constitucionais[150].

Celso Antônio Bandeira de Mello, na dicção de Vladimir da Rocha França, reporta gravidade na "quebra" de um princípio jurídico, suficiente para invalidar todo e qualquer ato

---

[147] CANOTILHO, JJ. Gomes, **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**, 1994, p. 301.
[148] JJ. Gomes Canotilho, ibid. cit., p. 63.
[149] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 2001, p. 51.
[150] FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência Administrativa na Constituição Federal. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 10, junho/julho/agosto, 2007. Disponível na Internet: http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp. Acesso em: 29 de fevereiro de 2008, p. 2-3.

administrativo do Estado[151].

Interessante diferenciação quanto à eficácia entre princípios explícitos (constantes em texto de lei) e princípios implícitos (reconhecidos pela jurisprudência e doutrina) é apresentada pelo autor em referência. Consoante informa, o princípio expresso no texto legal, constitui norma plenamente exigível e concretizável. Por seu turno, em se tratando de princípio implícito, sua eficácia estaria condicionada à decisão judicial. Com suporte em Eros Roberto Grau, o autor precisamente admoesta que os princípios não são criados pela doutrina ou pela jurisprudência, mas sim "identificados" no ordenamento jurídico[152].

Apurando a natureza jurídica, Vladimir da Rocha França esclarece que o princípio da eficiência administrativa estabelece que "toda ação administrativa deve estar orientada para a concretizar material e efetiva da finalidade posta pela lei, segundo os cânones do regime jurídico-administrativo"[153].

Outras relações importantes são estabelecidas pelo autor em apreço. Por exemplo, o dissociamento do princípio da eficiência da noção de finalidade nos seguintes termos: "... enquanto que no princípio da eficiência administrativa, determina-se que a ação material da administração pública deve atingir efetivamente, e de modo lícito, a finalidade legal, o princípio da finalidade esclarece que o ato administrativo somente pode ter uma finalidade pública, estabelecida em lei". Continuando a diferenciação, o autor lembra que "A impessoalidade veda uma finalidade estranha ao interesse público na ação administrativa; já a eficiência administrativa, a falha da administração em atingir o fim legal"[154].

Também importa saber a diferença entre eficiência e moralidade. Na oportunidade Vladimir da Rocha França com brevidade e diligência reconhece a proximidades desses institutos, mas explica que "somente há obediência ao dever da boa e eficiente administração quando há o respeito à moral administrativa"[155].

Nesse embalo de desembaraçar o princípio da eficiência de outras idéias semelhantes, porém diferentes, o autor ainda visita as idéias de transparência (vinculada aos princípios da publicidade e da motivação), da imparcialidade e a neutralidade (vinculadas a finalidade e à imparcialidade, imediatamente explanadas), concluindo que o cidadão brasileiro encontra-se

---

[151] Vladimir da Rocha França, ibid, p. 3.
[152] Esta importante observação do autor é de perspectiva realística, que se verifica especialmente no processo coletivo, reconhecida pela doutrina sob o mote de "pós-positivismo", o qual, em breves palavras, se dá pela abertura do sistema por meio dos princípios constitucionais implícitos, ou, quando explícitos, de difícil precisão; razão porque mais adiante voltaremos a dispensar mais atenção ao assunto sob o *slogan* de "anglo-saxonização" (Vladimir da Rocha França, ibid, p. 3).
[153] Vladimir da Rocha França, ibid, p. 4.
[154] Vladimir da Rocha França, ibid, p. 7.
[155] Vladimir da Rocha França, ibid, p. 7.

desgastado com a "péssima qualidade dos serviços público que lhes são prestados pelo Estado", destacando a eficiência como princípio jurídico que abre novos horizontes para o estudo das questões relacionadas com a ação administrativa[156].

Inovadora inferência sobressai da análise da bibliografia em referência, quando o autor destaca que "Apesar da precariedade do controle judicial de eficiência, este elemento é muito importante para a aferição da presença dos requisitos de necessidade, adequação e razoabilidade na formação do ato administrativo[157]". Consiste tal *plug in* na constatação da possibilidade de graduação (sistematização ou disciplinamento) da aplicação do princípio da eficiência aos casos concretos, o que seria de enorme contribuição para a ciência dogmática.

Contudo, sempre que se fala em qualquer tipo de graduação em matéria de interpreta/aplicação do Direito, a insegurança decorrente dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade se estabelecem. Isto porque o "bom senso" não parece algo tão facilmente alcançável aos para agentes públicos educados no positivismo. Seria mesmo a razoabilidade e a proporção, atingível por meio das técnicas de ponderação[158], o caminho para o disciplinamento da eficiência? Nada obstante, tal graduação da eficiência seja um tema bastante instigante, no nesta altura ultrapassa os objetivos desta pesquisa.

Benedito Porto Neto entende que os princípios da segurança e da atualidade na prestação dos serviços são manifestações do princípio da eficiência[159]. O princípio da segurança importa na adoção das técnicas conhecidas e de todas as cautelas e providências possíveis para, em face das circunstâncias, reduzir o risco de danos; e o da atualidade obriga a uma constante atualização tecnológica dos serviços públicos, inclusive para autorizar o exercício de poderes de modificação, extinção unilateral da concessão ou aplicação das sanções contratuais previstas.

Não só ao legislador, mas as disposições constitucionais de caráter principiológico dirigem-se, ainda, a todas as instâncias com imediata possibilidade de realizarem-nas, mais especificamente ao administrador público e ao magistrado, embora na doutrina a opinião que

---

[156] Vladimir da Rocha França, ibid, p. 7 e 13.
[157] Vladimir da Rocha França, ibid, p. 7.
[158] Ana Paulo de Barcelos apresenta a ponderação enquanto técnica decisória em três etapas: a) identificação dos enunciados normativos em tensão; b)identificação dos fatos relevantes; c) decisão (BARCELLOS, Ana Paulo de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional.** Rio de Janeiro: Renova, 2005, p. 77 e seguintes). Tércio Sampaio Ferraz Junior, com vista à decidibilidade, numa perspectiva dogmático-zetética, também três passos: a) dogmática analítica; b) dogmática hermenêutica; c) dogmática da decisão (Tércio Sampaio Ferraz Junior, **Introdução ao estudo...**, cap. 4, 5 e 6).
[159] PORTO NETO, Benedito. **Concessão de Serviço Público no regime da Lei n. 8.987/95. 1.** ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 89.

se julga dominante é em sentido contrário[160].

2.10.3 Hermenêutica constitucional e princípio da eficiência

Como bem leciona José Eduardo Faria, as normas jurídicas só podem ser aplicadas de modo legítimo e eficaz quando conectadas hermeneuticamente com a realidade social e econômica, integrando-a como parte necessária do sistema legal[161]. Deste modo, só se entende o Direito Econômico à vista da Sociedade sobre a qual se projete. Sem um conhecimento das idéias que presidem a vida social e política em cada momento histórico não se compreende bem os conceitos jurídicos, nem as leis que imperam nesse momento.

Com precisão Dinorá Adelaide Musetti Grotti destaca:

> As instituições jurídicas estão intimamente vinculadas às relações entre o Estado e a Sociedade existentes no momento histórico em que se desenvolve. Estas relações são dinâmicas e se alteram de acordo com as circunstâncias ideológicas, políticas, sociais e econômicas que se vão apresentando nas distintas épocas e nos diferentes países. E as instituições jurídicas nunca se mantém incólumes frente às transformações, pois, para poderem sobreviver, precisam adaptar-se às exigências da realidade[162].

A idéia de serviço público é um bom exemplo deste processo de adaptação das transformações operadas no decorrer do século passado, pois é possível detectar-se um fio histórico que conduz desde o seu conceito político até sua posterior funcionalidade jurídica. Inicialmente foi um conceito sócio-político, algo assim como a transposição liberal do "serviço ao Rei", que surge em uma época presidida ideologicamente por uma determinada concepção das relações entre Estado e Sociedade, e a separação de suas distintas esferas de atuação, que surge com a Revolução Francesa[163].

---

[160] Com razão os irmãos George & Glauco Salomão Leite em primoroso trabalho, quando afirmam ser indiscutível que a relevância dos princípios não se adstringe ao aspecto diretivo. E que, de fato, no estágio atual de sua compreensão, sua elevada generalidade não lhes retira a capacidade de solver situações fáticas controvertidas, posto que são considerados não como simples pautas valorativas, senão como autênticos dispositivos constitucionais e, portanto, de pronto, aptos a gerar eficácia (LEITE, George & Glauco Salomão. A abertura da Constituição em face dos princípios constitucionais, In: **Dos princípios constitucionais.** São Paulo: Malheiros, 2003, p.140.

[161] FARIA, José Eduardo. O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. In: **Direitos humanos, direitos sociais e justiça.** 1. ed. 4. tiragem. José Eduardo Faria (Organizador). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 23.

[162] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, **Teoria dos serviços públicos e sua transformação**, 2000, p. 39.

[163] Dinorá Adelaide Musetti Grotti, op.cit., p. 39.

Como já foi dito, por exigência constitucional (artigo 175, parágrafo único, IV), os serviços públicos deverão ser prestados, não importando a forma (direta ou indireta) dessa prestação, de modo adequado. A Constituição Brasileira determina que a lei, ao dispor sobre a prestação desses serviços, imponha a seus prestadores a "obrigação" (o 'dever', rigorosamente) de manter serviço adequado, condição para uma existência digna.

De acordo com a autora, o conceito de serviço adequado é genérico e indeterminado, embora detalhado na Lei federal 8.987, de 13.02.1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, como sendo "o que satisfaz as condições de: regularidade, continuidade, "eficiência", segurança, pontualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas" (artigo 6º, § 1º - grifos nossos)[164].

Se genérico e indeterminado o conceito formal de serviço adequado, por óbvio, ainda mais impreciso se afigura o conceito de princípio da eficiência, tanto na legislação quanto na doutrina. Senão vejamos:

Para Marçal Justen Filho "A eficiência consiste no desempenho concreto das atividades necessárias à preparar prestação das utilidades materiais, de modo a satisfazer necessidades dos consumidors, com imposição do menor encargo possível, inclusive do ponto de vista econômico"[165].

Eficiência, então, segundo a doutrina em apreço, é a aptidão da atividade a satisfazer necessidades, do modo menos oneroso.

Ocorre que ao incluir o menor encargo possível como uma imposição o autor abre um perigoso precedente para a prestação do serviço público sem a devida atenção à adequabilidade (qualidade) do serviço prestado, haja vista estar esta virtude quase sempre em posição diametralmente oposta a dos custos, sem deixar de considerar que, formalmente, não foram estabelecidos os limites do que seria "o menor encargo possível".

Daí inferir-se que o estudo da eficiência dos serviços públicos pelo Direito e pela Política do Direito toma, na atualidade, contornos de suma importância, não apenas dos aspectos científico, dogmático ou pragmático, mas sobretudo do aspecto econômico.

Como se verifica, o princípio da eficiência está relacionado aos fins do Estado e com os princípios constitucionais garantidores da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF/88), da igualdade (artigo 5º, *caput*), bem como com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, arrolados no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, a qual arremeta com o artigo 170 (*caput)* da Carta Fundamental, segundo o qual a ordem econômica

---

[164] Dinorá Adelaide Musetti Grotti, op.cit., p. 51.
[165] JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de Serviços Públicos.** São Paulo: Dialética, 1997, p. 124.

tem por fim assegurar a todos uma "existência digna", conforme os ditames da "justiça social", observando como princípio fundamental a "defesa do consumidor" (inc. V).

Neste sentido, Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Reis Siqueira Freire, com originalidade apontam o princípio da eficiência, ao qual também chamam de interpretação efetiva, como capazes de imprimir à norma constitucional máxima eficácia possível. Segundo os autores, o princípio da eficiência será invocado como critério interpretativo nas situações em que haja dúvida quanto à melhor interpretação possível, devendo-se optar pelo sentido que lhe confira maior eficácia[166].

Como afirmado, é nessa perspectiva que se apresenta a seguinte monografia a qual perscruta acerca da tutela coletiva de direitos igualmente coletivos.

2.11 Controle judicial da atividade administrativa no Brasil: um "novo" viés de superação do ideal tripartite de poder político no paradigma gerencial de Administração Pública propiciado pela constitucionalização da idéia de "qualidade"

Celso Antônio Bandeira de Mello elabora a seguinte questão: "(...) quando a lei regula uma dada situação em termos dos quais resulta discricionariedade, terá ela aberto mão do propósito e da imposição de que seja adotado o comportamento plenamente adequado à satisfação de sua finalidade?" O autor responde obviamente que "muito pelo contrário". Esclarece que a lei não poderia impor ao agente público menos que um "comportamento ótimo" – tomando de empréstimo as expressões utilizadas por Celso Antônio Bandeira de Mello. Leciona, portanto, que quando a lei regula discricionariamente uma dada situação, não admite que o administrador pratique outra conduta que não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal[167]. Assim, todo agente público, independentemente de qual dos poderes o acastele, são comprometidos com o bem-estar de todos.

Em igual sentido, José Afonso da Silva relata que a ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs uma nova visão da teoria da separação dos poderes e novas formas de relações entre os poderes Legislativo e Executivo e destes com o Judiciário. "A

---

[166] CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva.** Coordenado por Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 237.

[167] MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Discricionariedade e controle judicial.** 2. ed. 7ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 32.

urgência em responder às necessidades coletivas obrigou a uma nova formulação dos princípios de governo"[168], nos limites e para o atingimento das finalidades (interesse público) prescritas em lei[169].

Em função da especial natureza, os direitos sociais se remetem ao aos poderes constituídos a responsabilidade de determiná-los, concretizá-los e densificá-los, numa medida adequada às disponibilidades financeiras do Estado e compatível com a margem de conformação política dos titulares do poder democraticamente legitimados[170].

Antonio Gomes Moreira Maués indica o ponto exato em que o Estado liberal, que então se firmava na teoria da divisão dos poderes, começa a encontrar dificuldades para a manutenção dessa idéia. Consubstancia-se o informe no apontamento de dois instantes: inicialmente surgem os partidos políticos como grandes agremiações dotados de destreza para governar o Estado; em seguida, o Executivo passa a conduzir o Estado por meio de políticas públicas, ampliando suas competências e tornando insuficientes os mecanismos de controle sobre ele até então estabelecidos[171].

Entre as medidas para garantir a concretização com qualidade, figura a criação da Fundação Nacional de Saúde (FNS), que busca melhorar a coordenação das políticas, facilitar o processo e criar condições para o desenvolvimento administrativo mais eficiente[172].

Vem de Aristóteles o entendimento de que o poder é dotado de uma tendência natural a se corromper, e que uma forma pura de governo virá a se converter impura (ilegítima). Assim: a monarquia em tirania; a aristocracia em oligarquia; a democracia em demagogia; a teocracia em clerocracia (ou aiatolácracia).

A necessidade de controle evidencia-se, portanto, no constante desvirtuamento do poder estatal, em todas as esferas, transformando o *Welfare State* em demagogia, o que freqüentemente tem servido para disseminar desconfiança naqueles que o exercem.

---

[168] SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação das leis.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 48.

[169] MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos.** São Paulo: Malheiros, 2002, p. 89. O autor ainda destaca que o princípio da legalidade cumpre a função de preencher uma lacuna funcional no paradigma do Direito Administrativo, consubstanciado no controle e na limitação dos atos de governo.

[170] Jorge Reis Novais citado por Mariana Filchtiner Figueiredo (FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 142). (Dissertação de mestrado oriunda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS).

[171] MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. Regulamentação da democracia direta e a divisão dos poderes no Brasil. In: **Diálogos constitucionais:** Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Coordenado por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martônio Mont'Alverne Barreto Lima. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 51.

[172] CURY, Ieda Tatiana. **Direito fundamental à saúde:** evolução, normatização efetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 95. (Dissertação de mestrado oriunda do Programa de Pós-Graduação da Universidade Gama Filho - RJ)

Para o combate à centralização das funções estatais e na expectativa de neutralizar a desnaturalização do poder, Montesquieu levou a idéia da separação dos poderes (funções) do Estado à sua feição mais radical, estágio em que se apresenta praticamente toda cultura de Estado moderna[173].

Contudo, o aumento da complexidade das atividades do Estado imprimiu uma nova visão da teoria da separação dos poderes, estabelecendo novas formas de relações entre os Poderes Legislativo e Executivo e destes com o Judiciário.

Hegel, preservando a idéia da unidade do poder, se acha, a este respeito mais próximo de Rousseau do que de Montesquieu. Informa Paulo Bonavides que a independência dos poderes resultaria numa desintegração imediata do Estado. "Cometeria *enorme erro* quem cuidasse que cada poder tem em si existência abstrata" [174]. (Grifos originais)

Nesse diapasão, a eficiência no serviço público se apresenta como uma espécie de justificação do Estado brasileiro, para além de toda generalização legislativa, voltada a substituição da administração dita burocrática por uma administração gerencial[175].

Antes da EC 19/98, que consagrou a eficiência como princípio constitucional, pressionava-se o Estado acerca de sua inércia para agir quando devia, bem como sua capacidade para agir e, por fim, a qualidade do seu agir.

Com razão, destaca Paulo Modesto, que o constituinte derivado incluiu a eficiência como princípio constitucional em razão de ter o Estado brasileiro assumido uma posição comprometida com a administração de resultados e diante da tentativa de se retirar o governo da esfera de gestão direta de seus serviços (fenômeno da descentralização dos atos administrativos), para posicioná-lo como avaliador do exercício da função pública exercida por seus agentes[176].

Outros aspectos merecem ser lembrados. Neste rumo, Lúcia Valle Figueiredo defende que o novo conceito que se formou no contexto da administração gerencial (que propõe a substituição de administrado por cliente, ou consumidor de serviços prestados pelo Estado),

---

[173] MONTESQUIEU. **Do espírito das leis.** Texto integral. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 34-43.

[174] Vejam *in literis* o que diz o autor: "Mas a boa tradição do monarquismo constitucional, cedendo ao imperativo da crescente democratização, parecia corroborar, cada vez mais, e era o caso das instituições políticas inglesas, que a tese hegeliana da separação de poderes vinha a ser verdadeira. Na Inglaterra, a prática política, de índole consuetudinária, sempre desprezou o princípio da separação absoluta e se inclinou decididamente para uma separação amena, flexível e relativa (entre os poderes)". Destacamos, em nota, este trecho, para introduzirmos desde já a idéia de "anglo-saxonização" (retorno ao jusnaturalismo por meio dos princípios) do direito brasileiro, a qual será abordada mais adiante, ainda neste capítulo (BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social.** 7. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 134-135 e 138).

[175] COUTINHO, Ana Luísa Celino. **Servidor público: reforma administrativa, estabilidade, empregado público, direito adquirido.** Curitiba: Juruá, 2003, p. 103.

[176] Paulo Modesto referenciado por Ana Luísa Celino Coutinho, op. cit., p. 103.

cumpriu papel importante na justificação da elevação da eficiência a *status* de princípio constitucional[177].

Ao se considerar a medida de liberdade da Administração Pública na prática de seus atos e a diferenciação estabelecida pela doutrina, entre ato administrativo vinculado e ato administrativo discricionário, verifica-se que a elevação da eficiência à categoria de princípio constitucional, não afetou diretamente todos os tipos de atos administrativos.

Percebe-se que o princípio em análise incidirá com mais amplitude no ato discricionário. Contudo, no caso do ato administrativo vinculado, no qual agente público não poderá agir de outro modo que não seja com eficiência, em razão de que deverá estar materializado, dentro dos estreitos limites discricionários, estabelecidos de modo inequívoco em lei, o princípio da eficiência contido no *caput* do art. 37.

É de se destacar nesse sentido, a questão do aumento do conceito de legalidade, que passou a ter sua feição material analisada. Assim, verificou-se que tal conceito, precisa ser tomado não somente sob o ponto de vista estrito ou formal, mas também, estar em consonância com os preceitos e métodos da lei.

Outrossim, havia entre legalidade e mérito administrativo um dualismo pertinaz, chegando até mesmo Odete Medauar[178] a classificá-lo como o âmbito livre sobre o qual advém a seleção intrínseca à discricionariedade administrativa, âmbito este que abarca no atendimento do interesse público, o juízo de conveniência e oportunidade da alternativa eleita.

Contundente e oportuno, João Maurício Adeodato com apoio em Francisco Gérson Marques de Lima, desnuda o "véu da noiva" nos seguintes termos:

> No debate brasileiro, se por um lado reclama-se do excesso de independência do judiciário, por outro discute-se também sobre a timidez ou, pior, sobre a subordinação do judiciário aos interesses do executivo, mormente no que diz respeito ao Supremo Tribunal Federal (STF), seja em manuais e teses de direito constitucional, seja até em ações interpostas pelo próprio ministério público[179].

Com a ascensão da eficiência ao *status* de princípio constitucional, vêm se observando questionamentos acerca do referido antagonismo e dualismo entre mérito e legalidade e,

---

[177] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo.** 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 61.
[178] Odete Medauar, op. cit., p. 177.
[179] ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situações e limites. In: **Constitucionalizando direitos:** 15 anos da Constituição Brasileira de 1988. Coordenado por Fernando Facury Scaff. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 79.

mormente a questão da inatacabilidade do mérito administrativo pelo Poder Judiciário, isso em virtude da ausência de base legal.

Outra conseqüência que pode ser verificada nesse ponto, é a do controle dos atos administrativos pela população. Assim, a partir da Reforma Administrativa, além das garantais constitucionais já anteriormente existentes no artigo 5º da Constituição Federal e colocadas ao emprego dos cidadãos, deu-se a inserção na Carta Magna de instrumentos capazes de concretizar em plano global, as idéias que apontam para a perspectiva de se considerar o cidadão administrado como cliente.

Neste ponto, procuramos apresentar o princípio da eficiência como portal de abertura do sistema jurídico brasileiro para o jusnaturalismo, mormente verificável nos países de origem anglo-saxã, fenômeno fortemente influenciado pelo sistema de tutela coletiva brasileiro.

As tensões sociais, como é óbvio, são factuais, ou seja, quando ocorrem, pertencem ao plano da realidade. Por mais precisa que fosse, uma lei jamais poderia prever todas as nuanças de uma revolução na iminência da eclosão. As "brechas" da lei não apenas se prestam às omissões sanadas por integração, mas também, em muitos casos, servem para ocultar o descontentamento[180].

Como veremos mais adiante, a maior fonte do processo coletivo brasileiro são as *class actions* norte-americanas. Daí, uma questão sobressai: se são os americanos que nos inspiram, então porque a expressão "anglo-saxonização" ao invés de "americanização" ou "anglo-americanização"? Pode parecer algo sem importância, mas tem uma explicação.

O sistema jurídico americano é misto de direito escrito e consuetudinário, este, denominado pragmaticamente por eles de *Jurisprudence,* com prevalência para a aplicação utilitarista[181] dos costumes aos casos concretos a despeito da parca legislação.

Prático, o anglo-saxão de origem inglesa não intenta prevê o futuro, nem criar fórmulas para problemas que talvez nunca se concretizem. Naturalmente, que em vias de colapso, buscando a "abertura", mormente necessitamos de integração extra-sistêmica ("alopoiese", circularidade ou *out put*[182]), razão pela qual encontramos nos Estados Unidos

---

[180] Muito se discutiu acerca da existência ou não de lacunas no Direito (posto). Se existem ou não? Depende do ponto de vista. Entendo que não existem lacunas no Direito. Apenas se cometeu o equívoco de acreditar que seria possível cobrir toda a realidade, em todas as dimensões (presente, passado e futuro) com o "manto sagrado da Justiça" (leia-se: um magno conjunto de letrinhas, dispostas de modo sistematicamente organizado).

[181] A despeito da "forma", nesses sistemas a razão determina que os fins justificam os meios, jamais o reverso.

[182] Sobre o assunto conferir: TEUBNER, Günther. **Direito, sistema e policontexturalidade.** Apresentação: Dorothee Susane Rüdiger. Introdução: Rodrigo Octávio Broglia Mendes. Piracicaba-SP: Editora Unimep, 2005. - _____. **O direito como sistema autopoiético.** Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

uma experiência intermediária e bastante madura, mas deles retiramos especialmente o que nos falta: a capacidade de decidir independentemente dos Códigos.

Neste sentido é a dicção de Maria Garcia quando infirma que "o Direito Constitucional, amplamente aceito como ramo do Direito Público que estuda a Constituição, apresenta tal característica de trazer para si e, por vezes, constitucionalizar termos, conceitos, instituições, ramos científicos, idéias e filosofias – além das duas áreas conexas da Ciência Política e da Filosofia"[183].

Oportunamente a autora em referência denuncia a proximidade do Direito Administrativo com o Direito Constitucional, nada obstante admoestamos de intróito que em muitos momentos dessa pesquisa adotamos o conceito total de Constituição (e de Direito Constitucional), nos seguintes termos: "Em seu estudo sobre Direito anglo-americano, John Clarke Adms trata da questão tormentosa da definição do Direito Administrativo expondo, nessa parte, a sua relação com o Direito Constitucional e a sensação incômoda dos juristas franco-italianos quando se defrontam com o Direito anglo-americano, "que carece de definições precisas e válidas"[184].

Conclui Maria Garcia, ainda na perspectiva da circularidade: "Singular conceito do espaço de incidência de direitos, bens, valores inspirando a visualização do Direito que, desde um ponto central normativo, essencial à convivência humana, estende-se em linhas de análise e reflexão a valores como a pessoa humana, grupos humanos, coletividades, sem preocupação maior dos pontos limítrofes das suas diversidades, até encontrar "os lugares sagrados de outros povos""[185]. (Destaque original)

A noção de eficiência advém e se radica na Sociologia que, aliás, sempre esteve presente no fenômeno jurídico, modificando tão-somente na atualidade seu conteúdo, juridicamente falando (art. 37, *caput,* CF/88).

Como afirmado anteriormente, é, nesse contexto do *Welfare State*, que se tem como assegurado o direito aos serviços públicos - não qualquer serviço público, mas apenas aquele prestado de molde adequado, entendendo por isto o serviço de qualidade, ou, em outra palavra, eficiente. Entretanto, ainda paira certa obscuridade (legislação e doutrina) acerca dos limites demarcatórios entre serviço eficiente e serviço adequado, no que tem se aportado a Administração para justificar sua ineficiência.

---

[183] GARCIA, Maria. O Direito Constitucional norte-americano: uma concepção circular do direito constitucional e o juspositivismo contemporâneo. In: **Estudos de direito constitucional comparado.** Coordenado por Maria Garcia e José Roberto Neves Amorim. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 27.
[184] Maria Garcia, ibid., p. 27.
[185] Maria Garcia, ibid., p. 28.

Destituído de habilidade para redimensionar seu modelo de desenvolvimento, atualizar seu projeto político e de reestruturar suas bases de sustentação, esse regime burocrático-autoritário instituído entre os anos 60 e início dos anos 70 entrou em crise.

Por exigência constitucional (art. 175, parágrafo único, IV), os serviços públicos deverão ser prestados, não importando a forma (direta ou indireta) dessa prestação, de modo adequado. A Constituição Brasileira determina que a lei, ao dispor sobre a prestação desses serviços, imponha a seus prestadores a "obrigação" (o "dever", rigorosamente) de manter serviço adequado, condição para uma "existência digna".

Disto decorre que o estudo da eficiência dos serviços públicos pelo Direito e pela Política do Direito toma, na atualidade, contornos de suma importância, não apenas dos aspectos científico, dogmático ou pragmático, mas, sobretudo do aspecto econômico. Saber, então, o que é o princípio da eficiência, implica no estudo de sua finalidade. Passa pela interpretação, o estudo da linguagem jurídica, o juízo de sistema, lógica e expectativas sociais a respeito da qualificação do serviço público de saúde, bem como a idéia e a eficácia dos atos de governo[186].

O desemprego encabeça uma onde de pessimismo capaz de deixar um rastro de tensão social de proporções tsunâmicas. A alienação do mercado ampliou nas camadas populares um sentimento de frustração suficiente para comprometer a perpetuidade do "estado de coisas" (*status quo*). Emerge daí, a crise de legitimidade de um Estado atrelado ao um dilema crônico, que perdura até os dias atuais: o de ter de conciliar sua função econômica – no sentido de assegurar a prevalência da relação capital-trabalho (a "mais valia") – com sua função legitimadora, voltada para a manutenção das tensões sociais em situação de latência controlada, frente aos bolsões de conflitos urbanos generalizados, concentrados, especialmente nas periferias das grandes cidades.

José Eduardo Faria com precisão deslinda o papel do Judiciário frente ao contexto que se apresenta, destacando que as conseqüências concretas das crises de hegemonia, de legitimidade e da matriz organizacional do Estado, em termos de multiplicação de conflitos e de novas formas de atuação política, obrigam o Estado brasileiro a promover constantes ajustamentos no que se refere á organização sócio-econômica e político-administrativa do

[186] Com apoio em Kazuo Watanabe, Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, em relação à qualificação de magistrados para atuarem no processo coletivo, assim dispõe: "Essa ampliação de poderes e maior plasticidade do processo e do provimento são acompanhados da exigência de maior preparo por parte dos magistrados com a reciclagem permanente de seus conhecimentos jurídicos e de outras áreas do saber humano e com a perfeita aderência à realidade socioeconômico-política em que se encontram inseridos" (YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Eficácia das tutelas urgentes nas ações coletivas. Efeitos dos recursos. Suspensão da liminar e de sentença. In: **Processo civil coletivo**. Coordenado por Rodrigo Mazzei e Rita Dias Nolasco. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 368).

país, sem, no entanto, conseguir superar as próprias contradições em que tal organização se sustenta[187].

Nesse processo de ajuste, o autor revela que o fosso cada vez maior entre o sistema jurídico e os interesses conflitantes numa sociedade em transformação, exponenciado pelas históricas dificuldades do Judiciário para se adaptar aos novos tempos, conduziu tanto a uma descomunal desconfiança tanto na objetividade das leis, como critério de justiça, quanto na sua efetividade, enquanto instrumento de regulação da vida sócio-econômica. Da conseqüente banalização da lei, sobressai a imagem de um país culturalmente dado à violação das regras, como expressão da falência das instituições jurídico-judiciais.

Tal moldura fática colocou o Judiciário frente ao seguinte dilema: ao aplicar normas abstratas e gerais aos casos concretos, os juízos não podem contrariar o espírito e sentido de um sistema legal ineficaz; no entanto, por carecerem de liberdade criativa e de flexibilidade interpretativa, também não dispõem de condições institucionais para modernizar códigos esclerosados, motivo pelo qual vêem, muitas vezes, suas decisões descumpridas, fato que alimenta a sensação de "anomia" (ausência de leis) perante parcelas significativas da sociedade[188].

Um novo papel se apresenta ao Direito (e ao Judiciário), na medida em que emerge o uso do direito como instrumento de direção e promoção social objetivando a consecução de um equilíbrio material entre os diversos setores, grupos e classes sociais, a idéia de "justiça", impele o Judiciário à abertura do sistema, por meio dos princípios constitucionais, às situações empiricamente verificáveis[189].

Com precisão Ana Paula Costa Barbosa, com apoio em John Raws, examina como uma sociedade de justiça como equidade bem ordenada pode estabelecer e preservar a unidade e a estabilidade, tendo em vista o pluralismo razoável, que lhe é característico, e o consenso sobreposto de doutrinas amplas razoáveis. Noutros termos: como pode uma

---

[187] FARIA, José Eduardo. Judiciário e desenvolvimento sócio-econômico. In: **Direitos humanos, direitos sociais e justiça.** Coordenado por José Eduardo Faria. 1. ed., 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 17.

[188] José Eduardo Faria, ibid., p. 18.

[189] Samuel Rodrigues Barbosa denuncia nos seguintes termos: "A recente passagem do "positivismo jurídico" ao "positivismo jurisprudencial" atinge tradições constitucionais consolidadas como a alemã, francesa e italiana (Canotilho 1999: 20-21; García 1998) e avança rapidamente em nosso constitucionalismo tropical. A criação de novos instrumentos processuais de controle concentrado de constitucionalidade (argüição de descumprimento de preceitos fundamental, ação declaratória de constitucionalidade), o fenômeno da constitucionalização da ordem jurídica" (que pressuposto da interpretação constitucional do direito civil, da coisa julgada inconstitucional) e a recepção de construções doutrinárias (a exemplo da teoria dos princípios, da interpretação segundo a Constituição) são sinais dos novos tempos" (BARBOSA, Samuel Rodrigues. O STF como guardião da história jurisprudencial da Constituição. In: **Diálogos constitucionais:** Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Coordenado por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martônio Mont'Alverne Barreto Lima. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 477-495).

concepção de justiça política espelhar valores que, sob condições razoavelmente favoráveis que tornam a democracia viável, normalmente têm mais alcance sobre quaisquer outros valores que igualmente colidem com eles[190]?

A autora aclara que o consenso sobreposto defendido por Jonh Raws não é utópico. A Constituição satisfaz certos princípios liberais de justiça política. Como um consenso constitucional, esses princípios são aceitos simplesmente como princípios, e não enraizados nas idéias da sociedade e da pessoa, em conformidade com uma concepção pública compartilhada[191].

Nesse sentido, Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto, sob o ponto "Legitimação do poder decisório: as finalidades públicas do Estado", destaca duas dimensões delimitativas e caracterizadoras do Estado Moderno enquanto monopolizador do poder decisório (indivisível e absoluto, soberano): delimitação a priori, ditada pela circunscrição da esfera pública; e, outra pela proteção (preservação) intransponível da esfera privada[192].

Em face do pluralismo razoável, essas pautas e regras devem ser explicitadas com lastro na razão e na argumentação dispostas ao alcance dos cidadãos em geral, no senso comum e nos procedimentos e conclusões da ciência. Assim, as instituições políticas elementares, incorporando tais princípios e a forma da razão pública, tendem a encorajar as virtudes cooperativas da vida pública: virtude da razoabilidade e o sentido de eqüidade, em termos políticos que todos possam aceitar[193]. Essa transformação no modo de as relações reaviva a idéia de comunitarismo, agora pautado na legitimidade obtido pelo consenso.

Dessa transformação, sobressaem normas de caráter compensatórios, redistributivos e protetores, rompendo com a idéia de igualdade formal (essencialmente individualista) para assumir uma feição eminentemente social. Surge nesse *iter* a idéia já relatada linhas acima, a qual atribui ao princípio da eficiência o caráter de "direito difuso da cidadania".

Naturalmente que todo esforço de superação de um paradigma arcaico e insuficiente, passa pelo preparo de pessoal qualificado para resolução de situações cada vez mais complexas, que requerem rigor técnico e embasamento teórico (jurídico, político, sociológico, filosófico) voltados para aplicação caso a caso (liberdade, flexibilização da atuação dos magistrados e do Ministério Público).

---

[190] BARBOSA, Ana Paula Costa. **A legitimação dos princípios constitucionais fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 29 e 34.
[191] Ana Paula Costa Barbosa, ibid., p. 36.
[192] MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos.** São Paulo: Malheiros, 2002, p. 50-52.
[193] Ana Paula Costa Barbosa, ibid., p. 37-38.

Ao fazer da interpretação e aplicação do direito um processo contínuo de atualização do sistema legal, enriquecendo com informações políticas, econômicas e sociológicas uma operação que o positivismo normativista sempre tratou como sendo exclusivamente formal e exegética, não se limita a mitigar tão somente o instante da positivação do direito, mas ultrapassa a própria idéia de "certeza jurídica" como condição básica de legitimidade de uma dada ordem legal, ao passo que as normas se convertem em instrumento de gestão e direção nas mãos de um Estado que tende cada vez mais a se pautar, na sua dinâmica decisória, por imperativos de eficiência funcional[194].

Com precisão o autor em análise destaca que as reflexões teóricas e analíticas sobre o papel do direito como instrumento de direção e promoção social, tendo em vista a complexidade e a heterogeneidade da sociedade brasileira e o caráter intervencionista de seu Estado, costuma convergir para dois objetivos principais: a) justificar como as formas jurídicas influencias e ao mesmo tempo são influenciadas na organização de determinado tipo de relações de produção econômicas e políticas; e b) demonstrar como, a partir da pretensão de objetividade e neutralidade das concepções jurídicas do positivismo normativista, muitas vezes são ocultados os conflitos sócio-econômico-políticos, apresentados por tais concepções como relações interindividuais susceptíveis de harmonização através do direito positivo[195].

O ponto de partida para o fechamento desses escopos consubstancia a tese de que as funções de organização, reprodução e consenso cumpridas pelas leis e códigos não podem ser concebidas à margem do saber que as constitui[196].

Nesse sentido, Lenio Luiz Streck destaca que a importância desse debate reside, sobretudo no fato de que o novo modelo de direito instituído pelo Estado Democrático de Direito, proporciona a superação do Direito enquanto sistema de regras, fenômeno que só se torna possível a partir dos princípios introduzidos no discurso constitucional, neste caso o princípio da eficiência enquanto direito difuso da cidadania, que representam a efetiva possibilidade de resgate do mundo fático até então negado pelo positivismo[197].

Assim, a racionalidade contemporânea - ou pós-social como preferem chamar José Eduardo Faria -, tenta superar as dificuldades de legitimação dos modelos formais e materiais. O novo modelo de sistema organiza-se em forma de rede ou de circularidade, e não mais em termos escalonados ou piramidais. Com base nessa sistematicidade, as tramas entre as

---

[194] José Eduardo Faria, ibid., p. 24-25.
[195] José Eduardo Faria, ibid., p. 25.
[196] José Eduardo Faria, ibid., p. 25.
[197] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 4.

múltiplas cadeias normativas dão azo a infindáveis expansões da complexidade do próprio sistema[198].

Trata-se de um discurso abstrato de difícil compreensão para o jurista treinado na tradição da racionalidade formal. No entanto, ao contrário do que pode parecer, esses sistemas circulares procuram superar a burocratização e o senso teóricos dos sistemas axiológicos, sempre fazendo referência ao senso prático, à necessidade de reconhecimento da regra do caso particular, da justiça no caso "concreto".

É inevitável a verificação da relativização do positivismo à brasileira, e a constatação de que, especialmente em matéria de conflitos coletivos, o Brasil se destaca com um dos primeiros países de *civil law* a reconhecer, através da abertura que se deu por meio da maximização dos princípios, a insuficiência das abstrações e generalizações ínsitas aos códigos. Apresenta-se o "sistema misto" norte-americano de origem anglo-saxã, como fonte fecunda de pesquisa, especialmente por guardar profundas semelhanças com o paradigma pátrio (federalismo, a presença de direito escrito, presidencialismo, processos diversos de aculturamento etc.).

Manuel Castells esclarece que é em rede porque, nas novas condições históricas, a produtividade (e o saber) é gerada numa rede geral de interação global. Esse pensamento, de fato, coaduna com a percepção epigrafada de "anglo-saxonização" do direito brasileiro, penetrando inicialmente pelo novel processo coletivo, o qual será objeto de estudo no próximo capítulo. "É a conexão histórica entre a base de informações/conhecimentos da economia, seu alcance global, sua forma de organização em rede e a revolução da tecnologia da informação que cria um novo sistema econômico distinto"[199].

Com apoio em José Eduardo Faria, apresentamos o desfecho deste ponto afirmando no que tange aos direitos sociais, inobstante a discussão sobre a adequação ou não do Judiciário para a tutela de políticas públicas, os "novos atores" não demonstram a menor disposição de livrar o Estado das obrigações decorrentes da cidadania social[200].

Setores mais fragilizados da sociedade, como é o caso da saúde pública a ser prestada de modo eficiente, continuarão vendo na magistratura, ainda que fora do plano da regulação jurídica estatal - nessa perspectiva hegeliana de redefinição dos poderes -, cada vez mais, uma instituição para afirmação de seus direitos. Nestes termos, a magistratura não é apenas um

---

[198] FARIA, José Eduardo. Desafios do judiciário. In: **Direitos humanos, direitos sociais e justiça.** Coordenado por José Eduardo Faria. 1. ed., 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 39.

[199] CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede.** Tradução de Roneide Venâncio Majer. Atualização para a 6ª edição por Jussara Simões – (A era da informação: economia, sociedade e cultura. V. 1). São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 119.

[200] José Eduardo Faria, ibid., p. 33.

órgão do Estado ou do Poder Judiciário, mas sim da sociedade civil[201].

Nesse sentido, para além da esfera regulativa do Estado, mas determinando o sistema numa perspectiva "alopoiética" (produção do Direito através de referências [principiológicas] "externas" ao sistema), apresentamos o ponto que se segue.

2.12 Origem, significado e extensão da ordem social constitucional brasileira

Na Constituição anterior, a ordem social vinha contida na ordem econômica. Atualmente a Constituição de 1988 a prescreve em título específico, não apenas para salientar a sua importância, mas, sobretudo, para dar efetividade às normas programáticas presentes no artigo 6º.

O constituinte optou por uma técnica consubstanciada em colocar no rótulo genérico "Da Ordem Social" várias matérias que a rigor não têm caráter eminentemente social, como por exemplo: ciência e tecnologia, meio ambiente, índios; exceto se tais expressões forem abordadas com muita abrangência.

Contudo, não é tão importante estabelecer uma noção taxativa de ordem social. E mesmo tal tarefa seria impossível, considerando o alto teor de ambigüidade que cerca a expressão. Não se pode negar seu caráter analítico, compromissário e dirigente [202]; tudo em conformidade com a natureza da *Magna Lex* de 1988. Eis, pois, a principal função dessa empresa: dar os elementos necessários para resolver todos os problemas sociais, trazendo

---

[201] Em trecho o autor destaca, ainda, que os "interesses difusos" inserem-se, do ponto de vista teórico, no mesmo contexto em que surgem esses "novos atores" (mídia, partidos políticos, sindicatos, organizações civis, os quais na verdade sempre existiram, mas que agora se assentam numa na nova plataforma ideológica acima relatada). Como afirmado linhas acima, "O enfrentamento judicial da conflituosidade de que são portadores esses "novos atores" exige a ampliação do referencial cognitivo do magistrado, o que gera novas exigências quanto à sua formação técnico-profissional" (José Eduardo Faria, ibid., p. 34). Para um maior aprofundamento no tema, especialmente no que se refere a partido político, é imprescindível a leitura do artigo de Orides Mezzaroba: MEZZAROBA, Orides. A transpersonaliação dos atores políticos no processo de reconstrução do modelo democrático de Estado de Direito: o caso das organizações partidárias. In: **Diálogos constitucionais:** Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Coordenado por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martônio Mont'Alverne Barreto Lima. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 397- 417).

[202] Em vídeo conferência, realizada no dia 21.02.02, interagindo com Eros Roberto Grau, enquanto integrante do Grupo das Jornadas da Fazenda Cainã (desde o Centro Politécnico, da Universidade Federal do Paraná, em Curitiba), JJ. Gomes Canotilho surpreendeu a todos com um novo posicionamento acerca da idéia de Constituição dirigente (o sentido diretivo de uma Carta Política), por ele próprio elaborada e defendida. Suas palavras *in verbis*: "Quer queiramos quer não, quanto a essa Constituição dirigente temos de ser humildes e dizer que ela acabou. Mas isto não pode significar que não sobrevivam algumas dimensões importantes da programaticidade constitucional e do dirigismo constitucional (...)" (CANOTILHO, JJ. Gomes. **Canotilho e a Constituição Dirigente.** Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Organizador). 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 14).

promessas e programas de ação futura, os quais, a rigor, não são cumpridos pelos Poderes Públicos.

Como se observa, o caráter dialético da Constituição de 1988 foi realçado pela manifestação constituinte originária, o qual alcançou índole compromissória, sem predomínio absoluto de uma única tendência política. Também revelou seu caráter analítico, a exemplo de algumas experiências européias, privilegiaram minúcias, resultando no casuísmo e prolixidade.

Raymundo Juliano Feitosa, com espeque em José Reinaldo Lopes, ressalta a distinção entre as normas e a sua função social. Destacam que a autonomia do político em relação ao econômico existe de modo relativo. O Direito público que organiza o Estado contém um programa, um significado e uma utopia que aspira. Essa utopia reflete a proposta dos grupos transformadores, que revelam capacidade para generalizar-se e assumir feição de normas constitucionais[203].

Enfim, a ordem social apontou o caráter dirigente da Constituição de 1988, num contexto em que haveria um constitucionalismo em consonância com as premissas do *Welfare State.*

Em termos atuais, é pacifico que a saúde significa não apenas a ausência de doenças, mas também o completo estado de bem-estar físico, mental e espiritual. Nesse sentido, é possível verificar demandas que chegam ao STJ em que "a falta de audição", por exemplo, mesmo não se tratando de doença, mas de deficiência física sem previsão de cura, encontra fundamento no direito à saúde, compreendo em seu significado conceitual, o completo bem estar do indivíduo[204].

De acordo com a Constituição de 1988, a exemplo da Carta italiana (1948) e do Texto português (1976), a saúde possui status de direito fundamental. Revelou-se, portanto, o

---

[203] FEITOSA, Raymundo Juliano. Quinze anos da Constituição de 1988: o "fetichismo" como limite às possibilidades de concretização da Constituição Federal de 1988. In: **Constitucionalizando direitos:** 15 anos da Constituição Brasileira de 1988. Coordenado por Fernando Facury Scaff. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p 248.

[204] STJ – PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. **FORNECIMENTO DE PILHA PARA O FUNCIONAMENTO DE APARELHOS AUDITIVOS EM FAVOR DE MENOR**. SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. ART. 227 DA CF/88. *LEGITIMATIO AD CAUSAM* DO *PARQUET*. ART. 127 DA CF/88. ARTS. 7º, 200 E 201 DA LEI Nº 8.069/90... O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria... (Precedentes: REsp nº 706.652/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 18/04/2005; REsp. nº 664.139/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 20/06/2005; e REsp nº 240.033/CE, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 18/09/2000). 11. Recurso especial provido." (1ª T., REsp. nº 681.012/RS; Rel. Min. Luiz Fux, j. em 06.10.2005, publicado no DJ de 24.10.2005, p. 190)". (grifos nossos)

inequívoco interesse em se constitucionalizar a saúde, vinculada, inclusive, à seguridade social.

2.13 Evolução e localização do direito à saúde

2.13.1 Natureza e conceito

É provável que o primeiro conceito de saúde fora externado pelos pensadores gregos da antiguidade, os quais já afirmavam: "*Mens sana in corpore sano*". Contudo, o termo 'saúde' é multifacetário. De um lado, o entendimento de a saúde está associada às condições de vida, aqui incluída a questão ambiental; de outro, a saúde é compreendida como o corpo humano sem doenças.

Somente em 1946, com a criação da Organização Mundial da Saúde (OMS), a saúde passou a ser definida como completo bem-estar físico, mental e social, reconhecida como um dos direitos fundamentais de todo ser humano.

Entretanto, essa definição sofreu (e ainda sofre) fragorosas críticas; todas com o mesmo fundamento: a verbas públicas "podem" correr o risco de não serem suficientes para efetivação de um completo bem-estar físico, mental e social.

É possível dizer que a definição de saúde também se dá através de procedimentos delineados por um processo dinâmico; é um fenômeno holístico, portanto, não se podem dar definições estáticas, permanentes.

Ademais, o conceito de saúde também é uma questão de direito à vida saudável, de qualidade de vida que deve objetivar a democracia, igualdade, respeito ao meio ambiente e o desenvolvimento – entendendo por isto o que Amartya Sen bem afirma ao alocar o direito à saúde na perspectiva da liberdade, e esta como condição para o desenvolvimento:

> Procuramos demonstrar que o desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam. O enfoque nas liberdades humanas contrasta com visões mais restritas de desenvolvimento, como as que identificam desenvolvimento com crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB), aumento de rendas pessoais, industrialização, avanço tecnológico ou modernização social. O crescimento do PNB ou das rendas individuais obviamente pode ser muito

> importante como meio de expandir as liberdades desfrutadas pelos membros da sociedade. Mas as liberdades dependem também de outros determinantes, como as disposições sociais e econômicas (por exemplo, os serviços de educação e "saúde") [205]. (Destaque nosso)

O autor ainda destaca que as liberdades não são apenas os fins primordiais do desenvolvimento, mas também os meios principais; e que as oportunidades sociais (na forma de serviços de educação e saúde) facilitam a participação econômica. Com oportunidades sociais adequadas, os indivíduos podem moldar seu próprio destino e ajudar uns aos outros. Não precisam serem vistos como beneficiários passivos de engendrosos programas de desenvolvimento[206].

É certo que a qualidade de vida, que influi diretamente no potencial para sobreviver até idades mais avançadas, inclui, disposições sociais e comunitárias como cobertura médica, serviços de saúde públicos, educação escolar, lei e ordem, não prevalência da violência etc.

Assim, como se observa, é preciso considerar finalmente que os direitos sociais, incluindo, é claro, o direito à saúde, são na verdade direitos humanos em sua essência, na medida em que constituem fundamentos da civilização democrática que a humanidade vem construindo nos últimos séculos. Constituem alicerces essenciais desta civilização que as pessoas não proprietárias de capital não tenham que morrer por falta de assistência ou submeterem-se a condições de trabalho perigosas para a sua saúde.

2.13.2 O direito à saúde nas Constituições anteriores

Grandes problemas de saúde só foram possíveis depois que o homem passou e viver em sociedade: o controle das doenças transmissíveis, o saneamento básico como forma de controle e melhoria do ambiente urbano, assistência médica, qualidade da água e dos alimentos etc. Como se verifica a saúde era vista como algo restrito ao aspecto comunitário.

O tema, contudo, não era de todo estranho ao nosso Direito Constitucional anterior, que dava competência ao Estado para legislar sobre defesa e proteção da saúde, mas isso tinha

---

[205] SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução: Laura Teixeira Motta. Revisão técnica de Ricardo Doninelli Mendes. 5ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 17.
[206] Amartya Sen, op. cit., p. 25.

sentido de organização administrativa de combate às endemias e epidemias. Agora é diferente, trata-se de um direito do homem.

No Império havia apenas algumas medidas para assegurar a Saúde Pública. De acordo com o artigo 179, inciso 31°, da Constituição de 1824, o Estado garantia "socorros público"[207]. Demais tipos de assistência aos doentes eram de responsabilidade de instituições particulares, a maioria das quais detinha vínculo com uma ou outra religião. Contudo, apesar de seu caráter individualista – a Constituição de 1988 busca recepcionar valores aparentemente antagônicos relativos de um lado ao Estado liberal (individualismo), de outro ao Estado do bem estar (valorização do social) -, já se verifica a proteção social como um dos direitos humanos cuja garantia é a própria Constituição.

A Constituição de 1891 não tratou diretamente do direito à saúde. Apenas se reservou a afirmar que a aposentadoria poderia ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez nos serviços da Nação (art. 75). O tratamento comunitário para o direito à saúde teve prosseguimento, ficando reservado à União a responsabilidade pelos serviços de higiene, medidas profiláticas, combate à disseminação das doenças exóticas e indígenas, estatística demógrafo-sanitária, fiscalização do exercício da medicina e farmácia, análise de substâncias importadas e serviço sanitário marítimo. Permanece esse quadro até o auge do período cafeeiro, quando então o problema da saúde surge como uma questão social relacionada ao trabalho.

Tomando como ponto de partida o modelo da República de Weimar, a Constituição de 1934, inseriu três títulos que até então inexistiam nas constituições anteriores. São eles: a ordem econômica e social; da família, educação e cultura; e da segurança nacional. O caráter social, então, era evidentemente voltado para a pluralidade e autonomia dos sindicatos, dispondo também sobre a legislação trabalhista. Em matéria propriamente de saúde, limitou-se a afirmar a competência privativa da União para legislar sobre assistência social [art. 5°, XIX, c)] e estabelecer competência concorrente com os Estados para cuidar da saúde e assistências públicas. Ainda garantira assistência médica, sanitária e previdenciária ao trabalhador [art.121, h)]; amparo aos desvalidos, estímulo a educação eugênica[208], amparar a maternidade e a infância, socorrer as famílias de prole numerosa, proteger a juventude contra a exploração, o abandono físico, moral e intelectual, combater a mortalidade infantil e a propagação das doenças transmissíveis, cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os

[207] Expressão utilizada pela própria Carta de 1824.
[208] Referente à eugenia, ciência que estuda as condições mais propícias à reprodução e melhoramento genético da espécie humana - não olvidar o contexto nazi-facismo da "Era getuliana".

venenos sociais [art. 138, a) e ss]. Como se observa, o direito à saúde nessa época estava mais voltado a proteger a relação capital/trabalho; fato que, em parte, ainda se verifica.

A Constituição do Estado Novo (1937), conhecida como "a polaca", dará continuidade ao autoritarismo iniciado em 1930, regulando o direito à saúde como norma fundamental, dando especial enfoque a saúde da criança (art. 16, XXVII); bem como a assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais (art. 18); assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, um período de repouso antes de depois do parto (art. 137); sem cogitar nada acerca do custeio, tampouco dispor sobre a contribuição da União. Esse fato pode explicar porque hoje não há igualdade contributiva para a saúde. Data-se desse ano a Lei nº 378, de 13 de janeiro, a qual instituiu o Departamento Nacional de Saúde, que, aliás, desempenhou papel de capital importância para a saúde.

Em 1946 a nova Constituição restaura e amplia os direitos e garantias individuais. No aspecto social, pouca mudança foi observada em relação à Constituição de 1934. O Estado assume agora o compromisso de defesa e proteção da saúde (art. 5°, XV); melhoria da condição de vida dos trabalhadores, assistência sanitária, hospitalar, médico-preventiva ao trabalhador e à gestante, assistência aos desempregados, previdência mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as conseqüências da doença, da velhice, da invalidez e da morte (art. 157). Ainda focada no trabalhador, a Constituição, entretanto, apresenta alguns avanços. Um avanço, que importa para o presente estudo refere-se ao privilegiamento da prática médica curativa, individual, assistencialista e especializada. Nesse modelo é patente já o Estado como grande financiador da saúde.

Às voltas com a necessidade de legitimar o golpe de 1964, o então presidente Castelo Branco baixou três Atos Institucionais, trinta e seis Atos Complementares, trezentos e doze Decretos-Leis e 3.746 Atos Punitivos. Eis a Carta de 1967, na qual estava espraiada por todo o corpo a marca da arbitrariedade do governo militar, sobretudo nas chamadas "cláusulas de excludência", as quais proibiam o Judiciário de examinar o dispositivo. No que tange à saúde, o texto definitivo garantiu o seguro, a previdência social, a defesa e a proteção da saúde (art. 8°); a higiene e segurança do trabalho, assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva, previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez, morte, seguro desemprego, seguro contra acidentes de trabalho e proteção da maternidade mediante contribuição da União, do empregador e do empregado (art. 165, IX, XV e XVI). Curioso é que na Carta de 1967, um recado interessante é deixado ao legislador do Estado Novo, com a ressalva consistente na proibição de criação, majoração ou extensão de prestação de serviço de assistência ou de

benefício compreendidos na previdência social, sem a correspondente fonte de custeio total (§ 1°, art. 165).

2.13.3 Breves aspectos da saúde no direito comparado

J. J. Gomes Canotilho, em comento à Constituição portuguesa, propõe o conceito de Constituição Social asseverando que este servirá para designar o conjunto de direitos e princípios de natureza social formalmente plasmados na Constituição[209].

Ao contrário do que acontece na maior parte das constituições, essa "constituição social", informa o autor em trecho, não se reduz a um conceito extra-constitucional, a um dado constituído, sociologicamente relevante; é um amplo super-conceito que engloba os princípios fundamentais daquilo que vulgarmente se chama de "direito social". Assim, são direitos de todos os portugueses e, tendencialmente, de todas as pessoas residentes em Portugal, (segurança social, saúde, habitação, ambiente e qualidade de vida, como se pode ver, por ex., através dos arts. 63.°, 64.°, 65.°, 66.° e 67.°); em segundo lugar, pressupõem um tratamento preferencial para as pessoas que, em virtude de condições econômicas, físicas ou sociais, não podem desfrutar destes direitos.

O autor lusófono destaca, ainda, a dimensão da democracia econômica e social no campo dos direitos sociais: a tendencial igualdade dos cidadãos no que respeita às prestações sociais. Isto, no ordenamento em análise, para um "sistema de segurança social unificado" (art. 63°/2), e para uma "política nacional de prevenção e tratamento, reabilitação e integração dos deficientes" (art. 71.°/2).

Ainda na contribuição do baluarte português sustentamos que tal como os direitos, liberdades e garantias, também a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais assenta na existência de esquemas organizativos e procedimentais funcionalmente adequados[210]. Assim, por exemplo, a Constituição portuguesa considera a existência de um "Serviço Nacional de Saúde" como uma garantia da realização do direito à saúde. Seguindo o exemplo, em terra *brasilis*, temos o Sistema Único de Saúde – O SUS.

---

[209] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. 2ª Reimpressão. Coimbra, Portugal: Almedina, 2006, p. 347.

[210] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 482.

Igualmente, aqui no Brasil, nada obstante sob a forma federativa de Estado, tem-se a Constituição Federal como norma fundante de toda a ordem jurídica, sendo ela que estabelece as competências das ordens parciais e a ordem central (União), logo, eventual conflito entre as ordens parciais ou entre estas e a ordem central se dará não em função de uma hierarquia entre ambas, mas pela especialidade que possuem, posto que a única hierarquia aí existente se dê entre a norma constitucional e aquela derivada das ordens parciais e central.

José Afonso da Silva afirma crer foi a Constituição italiana a primeira a reconhecer a saúde como fundamental direito do indivíduo e interesse da coletividade (art. 32). Depois, a Constituição portuguesa lhe deu uma fórmula universal mais precisa (art. 64), melhor do que a espanhola (art. 43) e a da Guatemala (arts. 93-100)[211]. Segundo o autor essas quatro constituições afortunadamente relacionam o direito à saúde com a seguridade social.

Concordamos com o autor, quando afirma as duas vertentes do direito à saúde: uma de natureza negativa, que consiste no direito de exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer ato que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando à prevenção das doenças e o tratamento delas[212].

Também Ingo Wolfgang Sarlet assevera que a nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, de propiciar um direito de participar do bem-estar social. "Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado"[213].

A Constituição Federal, no Brasil, representa a unidade da ordem jurídica nacional, haja vista sua localização no vértice da pirâmide normativa, [214] influenciando toda a base inferior e recebendo desta impulsos revificantes, numa constante troca de valores que condicionam a realidade social e são por ela também modificados[215]. Assim, a Constituição

---

[211] José Afonso da Silva, ibid, p. 299.
[212] José Afonso da Silva, ibid, p. 299.
[213] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 51.
[214] Muitas doutrinas fazem alusão a tal pirâmide ao tratarem da hierarquia das leis. Parece-nos óbvio que todo poder vem da Constituição, quando esta espelha a própria justiça social. Deste modo, tal referência à figura geométrica em apreço, serve tão somente a alguns propósitos metodológicos, de modo que uma situação mais complexa certamente requererá uma reflexão maior do intérprete.
[215] Norberto Bobbio bem destaca que no pensamento hegeliano, tanto a sociedade civil influi no poder político do Estado (sociedade política), quanto a sociedade política – neste caso, numa perspectiva hegeliana - determina a sociedade civil (BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade – para uma teoria geral da política.** 12. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 33 e seguintes).

do direito constitucional é aquela que estrutura o Estado e seus órgãos, estabelecendo os direitos fundamentais do homem e não aquela identificada apenas com o regime político.

2.13.4 Formas de positivação do direito à saúde

É lamentável que um direito tão importante, praticamente um pressuposto da vida, só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem, nada obstante a preocupação do homem com a própria saúde subsista desde a antiguidade.

Não se toma a lei aqui como um produto do debate político, mas como o ponto de partida, como a opinião que se acrescenta à realidade, ao fato, e a partir da qual se concretiza a vontade política do Estado[216]. Também não é a lei isolada que deve apontar para a justiça, mas o sistema jurídico como um todo.

Um campo delimitado por marcos referenciais em que a legitimidade, legalidade e moralidade, entre outros princípios, fixam contornos que não poderão ser violentados. É nesse contexto, para além do artigo 6° (normas programáticas), que o direito à saúde vai ser esculpido no artigo 196 da Constituição, com a seguinte redação: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação"[217].

À vista do direito positivo agrupamos os direitos sociais em cinco classes: 1) direitos sociais relativos ao trabalhador; 2) direitos sociais relativos à seguridade, "compreendendo aqui os direitos à saúde", à previdência e assistência social; 3) direitos sociais relativos à educação e à cultura; 4) direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso; 5) direitos sociais relativos ao meio ambiente[218].

---

[216] MENDONÇA, Fabiano. **Limites da Responsabilidade do Estado.** Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 77.

[217] Neste sentido, Carlos Henrique Bezerra Leite, é igualmente objetivo ao reconhecer que o rol do artigo 6º não é taxativo: "Esse rol não é taxativo, haja vista que o Título VIII da mesma Carta, também considera direitos sociais o meio ambiente, a cultura, o desporto, a ciência e a comunicação, além da proteção ao índio" (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Os direitos humanos de segunda dimensão e o problema do acesso à justiça dos interesses metaindividuais dos trabalhadores. **Revista do Ministério Público do Trabalho do Rio Grande do Norte/**Procuradoria Regional do Trabalho **–** 21ª Região. V. 6, n. 6 (agosto 2005) – Natal: PRT – 21ª Região – 2005. Anual).

[218] José Afonso da Silva, op. cit., p. 278.

José Afonso da Silva lembra que uma outra classificação coloca o homem "como produtor e como consumidor"[219]. Segundo o autor, entram na categoria de direitos sociais do homem produtor os seguintes: a liberdade de instituição sindical, o direito de greve, o direito do trabalhador determinar as condições de seu trabalho, o direito de cooperar na gestão da empresa e o direito de obter um emprego. São os previstos nos artigos 7° a 11.

Na categoria dos direitos sociais do homem consumidor entram: os direitos à "saúde", à segurança social (segurança material), ao desenvolvimento intelectual, o igual acesso das crianças e adultos à instrução, à formação profissional e à cultura e garantia ao desenvolvimento da família, que são, como se nota, os indicados no artigo 6° e desenvolvidos no título da ordem social. Esse destaque do autor coaduna com o pensamento de José Eduardo Faria referenciado ainda nas primeiras linhas desta pesquisa.

Nada obstante o artigo 196 da Constituição Federal assegurar a todos o direito à saúde, prescrevendo que "a saúde é um direito de todos e dever do Estado", a concretização dessa disposição constitucional ainda é precária, sendo possível que uma das causas dessa falta de efetividade esteja na própria Carta Política.

É possível observar que os mecanismos constitucionais de efetivação do direito à saúde ainda são bastante precários, se formos comparar com aqueles criados para a Educação, por exemplo.

Mesmo estando ao lado do direito à educação (art. 6°), imbuído do mesmo *status* de direito fundamental social, somente com a EC 19/00 foram introduzidos mecanismos de natureza econômica visando à efetivação (§§ 2° e 3°, art. 198); contudo, além de tardio, sem a mesma eficácia dos mecanismos previstos para a educação no artigo 212 (com a redação da EC14/96), o qual estabelece, de forma expressa, percentuais anuais mínimos para a manutenção e desenvolvimento do ensino – nunca menos de 18% para União; e 25% para Estados, Distrito Federal e Municípios[220].

Como se verifica, o § 3° do artigo 198 limita-se a prever que Lei Complementar regulará a respeito dos percentuais mínimos a serem destinados à saúde, deixando, ainda, como prerrogativa dos "representantes" eleitos, a possibilidade de reavaliá-la "pelo menos a cada cinco anos". Menos mal, se estabelecesse o texto "a cada cinco anos", mas não, é "pelo

[219] José Afonso da Silva, op. cit., p. 278.
[220] KRELL, Andreas Joachim. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: **A Constituição concretizada:** construindo pontes entre o público e o privado. José Luis Bolzan de Morais *et al.* Coordenado por Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 33.

menos a cada...". Isso implica que é possível alterar os percentuais quantas vezes entenderem necessário, não podendo apenas excederem o período expresso[221].

Tal faculdade, como se vê, consubstancia-se num fator de insegurança, uma vez que deixa o direito à saúde ainda mais desamparado, considerando que a tendência – sobretudo em tempos de crises setorizadas, nas esferas estadual e municipal - é de, quando menos, negar a eficiência na prestação desses serviços.

2.13.5 Direito à saúde para os trabalhadores: o surgimento do direito coletivo (*stricto sensu*) enquanto categoria específica

Como fora observado a gênese constitucional do direito à saúde encontra-se arraigada no movimento operariado.

A sociedade estruturada sobre paradigma do "capital-trabalho", alcançada graças à evolução tecnológica, é marcada por um duplo vértice: de um lado, apontando enormes avanços em todos os ramos da ciência, na economia, na organização política, alargando as relações em domínio internacional. De outro lado, um aspecto prejudicial, que incidiu nas relações de trabalho para que todo este aparato fosse recepcionado. A mão-de-bra barata passou a ser necessária como jamais foi, e explorada em seu grau máximo para que pudesse surtir mais efeito em termos de lucro.

Observa-se que o espírito de proteção ao trabalho e à dignidade da pessoa humana do empregado, por via de normas imperativas próprias, permanece mantido em sua fundamentalidade, por outro argumento, a jornada de trabalho determinada um tempo suportável pelo indivíduo, descanso semanal, férias e salário que supram as suas necessidades elementares.

Consoante Bento Herculano Duarte, o contrato de trabalho é sempre bilateral, carecendo de pelo menos dois sujeitos. Contudo, para constituir o vínculo, ambos devem declarar suas vontades livres e conscientes, em razão do princípio da autonomia do consenso. Por isso mesmo, ressalta o autor, que o artigo 444 da CLT dispõe ser livre a estipulação das condições de trabalho em tudo o que não contrariar a ordem pública, as decisões judiciais e as convenções coletivas de trabalho. O dirigismo contratual, como se verifica, é intenso nas

[221] Sobre fontes de financiamento do SUS conferir: LAZZARI, João Batista. **As fontes de financiamento do Sistema Único de Saúde.** São Paulo: LTr, 2003.

relações laborais, com a sempre premente manifestação de outro princípio: a irrenunciabilidade de direitos[222].

Por esse princípio, consideram-se absolutamente indisponíveis todos os direitos estritamente vinculados à pessoa, como os direitos personalíssimos (o direito à saúde, em sentido não muito amplo, é um bom exemplo). Mas também há direitos patrimoniais absolutamente indisponíveis, e tal é o caso dos benefícios previdenciários (como pode ser o caso daqueles relacionados à reparação ou amparo da saúde do trabalhador ou daquele que, possibilitado para o trabalho, não possui meios próprios para subsistir)[223].

O derradeiro estágio do desenvolvimento do direito do trabalho teve início após o fim da Primeira Guerra Mundial, e fim com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Constata-se que na primeira etapa, não existia qualquer regulamentação a respeito das condições de trabalho, o que conduziu o trabalhador a uma condição de miserabilidade. Com o aparecimento do fenômeno da "Consciência de Classe", os trabalhadores pelejaram para que o Estado desse amparo legal para as relações entre capital e trabalho, emergindo como uma das primeiras preocupações a saúde do trabalhador.

A Constituição de 1988 enumera os direitos dos trabalhadores em seu artigo 7°. O inciso IX garante a remuneração do trabalho noturno superior a do diurno; do XIII ao XVII fixam jornada diária e semanal de trabalho em turnos ininterruptos, o repouso semanal de trabalho, a jornada de trabalho em turnos ininterruptos, o repouso semanal remunerado, a remuneração do serviço extraordinário superior no mínimo em 50% à do normal e o gozo de férias anuais remuneradas.

Todos esses direitos visam a proteger a saúde e o bem-estar do trabalhador que o trabalho prolongado, sem descanso regular, põe em risco. Não cabe dúvida que estes direitos devem ser de todos os que dependem do seu trabalho para viver e não apenas dos que têm um contrato de trabalho por tempo indeterminado.

Os incisos XVIII a XX tratam da licença à gestante, da licença-paternidade e da proteção do mercado de trabalho da mulher; o inciso XXI fixa o aviso prévio, o XXII preconiza a redução dos riscos inerentes ao trabalho, o XXIII fixa adicional de insalubridade, o XXIV concede aposentadoria, o XXVIII trata do seguro contra acidentes do trabalho, os de

---

[222] HERCULANO DUARTE, Bento. Princípios de direito do trabalho. In: **Manual de direito do trabalho – Estudo em homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros.** Coordenador Bento Herculano Duarte. São Paulo: LTr, 1998, p. 60.

[223] Bento Herculano Duarte, op. cit., p. 77.

XXX a XXXII proíbem discriminação por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; por motivo de deficiência e entre trabalho manual, técnico e intelectual[224].

2.14 Saúde: direito de defesa ou direito prestacional? Prevalência do caráter econômico do direito à saúde

Cumpre, ainda, o papel de diferenciar direitos fundamentais de defesa de direitos fundamentais prestacionais.

Em síntese, direitos a algo se classificam em: direitos a ações negativas e direitos a ações positivas.

Ao contrário dos direitos a ações positivas, os direitos a ações negativas caracterizam-se como típicos direitos de defesa, consubstanciados em pretensões negativas. Consoante Fayga Silveira Bedê, esses direitos têm como escopo tutelar a chamada esfera de liberdade individual e podem ser observados sob três enfoques: a) direito de que o Estado não obstaculize, total ou parcialmente, o indivíduo de exercer um direito seu; b) direito de não intervenção em situações jurídico-subjetiva; c) direito de não-eliminação de posições jurídico-subjetivas, ou seja, o direito de não eliminação de institutos jurídicos garantidos como direitos fundamentais[225].

No que tange a esses direitos, não resta dúvida quanto à propriedade de serem diretamente aplicáveis e, portanto, de pronto, aptos a gerarem todos seus efeitos jurídicos. Por seu turno, os direitos fundamentais a prestações consistem, em regra, numa prestação de natureza fática ou normativa. Dependem, assim, de uma conduta positiva por parte do destinatário. Uma observação que servirá como parâmetro de distinção é a de que os direitos de defesa são, em regra, em face do Estado[226], na medida em que os direitos prestacionais são efetivados através do Estado. Em outras palavras, enquanto os direitos de defesa cuidam, via

---

[224] É preciso lembrar que, até mesmo as tentativas, após a abolição da escravidão, de atrair os escravos de volta, de fazê-los trabalhar como no tempo em que haviam sido escravos, mas por salários mais altos, não obtiveram êxito.

[225] BEDÊ, Fayga Silveira. **Sísifo no limite do imponderável ou direitos sociais como limites ao poder reformado**. In: Constituição e democracia. Estudos em homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho. Coordenado por Paulo Bonavides, Francisco Gérson Marques de Lima e Fayga Silveira Bedê. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 95 e 96.

[226] Ver mais em "Leviatã", Thomas Hobbes, para quem o Estado é um monstro pronto para devorar toda a sociedade (HOBBES, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.** Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979).

de regra, de proteger o indivíduo na sua autonomia pessoal contra as ingerências do Estado (por isso têm natureza negativa), os direitos sociais prestacionais têm como objeto uma conduta ativa do Estado na esfera econômica e social, consistente numa prestação material[227].

Diante disso, é forçoso concluir que o direito à saúde, aqui estudado, sobretudo, pela natureza econômica e social que ostenta, aprioristicamente, é um direito prestacional. Contudo, a ressalva é natural porque os direitos não permanecem estáticos, podendo assumir um caráter político, que reclama ação negativa do Estado, numa situação, por exemplo, em que o Estado no exercício do *jus puniende*, submeta o réu a uma situação de risco para a saúde e, conseqüentemente, para a própria vida, também considerada um bem indisponível até para o Estado.

2.15 O caráter programático do direito à saúde e a reserva do possível: linguagem e discurso como limites aos direitos fundamentais

As normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais definem metas e finalidades a serem alcançadas, cabendo ao legislador ordinário cumprir o seu papel rumo à concretização. Tais normas "programa" não representam meras recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva, mas constituem Direito diretamente aplicável. Há autores que não aceitam a expressão normas "programáticas", visto que, no passado essa foi utilizada para enfatizar um pretenso caráter não jurídico e meramente político, com a finalidade de criar um bloqueio para sua efetivação[228].

Obedecendo aos "parâmetros racionais" eleitos, a saúde faz cogente a garantia de integridade física, devendo todo indivíduo humano estar à salvo de situações que a coloquem em risco, sob pena de responsabilização pelo dano sofrido. Nesse sentido tem sido as decisões da Suprema Corte Constitucional brasileira: "STF, *AgRg no RE 271.286-8-RS(Caso do coquetel do HIV – Direito à saúde e direito À vida "vs" escassez de recursos)* (2ª Turma – agravante: município de Porto Alegre, agravada: Cândida Silveira Sairbert – agravada: Dina Rosa Vieira, advs.: Eduardo von Muller, Luís Maximiliano Leal Telesca Mota e outros – j.

[227] Não olvidar que aqui cuidamos do direito social à saúde (direito social prestacional ou direito prestacional em sentido estrito), diferentemente das regras consistentes em direitos a prestações normativas estatais ou direitos à proteção e participação na organização e procedimento (direitos à prestações em sentido amplo).

[228] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao Direito Processual Constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 34 e seguintes.

12.9.2000 – rel. Min. Celso de Mello) Ementa: Paciente com HIV/AIDS – Pessoa destituída de recursos financeiros – Direito à vida e à saúde – Fornecimento gratuito de medicamentos – Dever constitucional do Poder Público (CF, arts. 5º, *caput*, e 196) – Precedentes (STF) – Recurso de agravo improvido[229]".

Partindo do pressuposto de que os direitos prestacionais são autênticos direitos fundamentais e que todo texto constitucional é destinado a produzir efeitos jurídicos, portanto, dotados de eficácia, temos, em razão disto, que o direito à saúde, por força do artigo 5°, § 1°, da Constituição é direito imediatamente aplicável. Contudo, as questões que se levantam são: em que medida o direito social à saúde se encontra em condição de gerar plena eficácia? É o direito à saúde um direito subjetivo individual? É o direito à saúde um direito líquido e certo? Em que medida a ação civil pública se presta às coletividades e ao indivíduo (em caso de direito individual homogêneo) para exigir do Poder Público a efetiva prestação do direito à saúde?

Não é, contudo, objetivo deste trabalho aprofundar-se acerca do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana para se buscar quais seriam os limites para uma existência com dignidade, a objetividade ou subjetividade desse direito, ou ainda se a dignidade seria passível de ser fracionada, o que de certo daria uma outra monografia. Contudo, não é demais lembrar que existem diversos níveis de necessidades, o que tem contribuído para a Administração pautar-se por teorias estrangeiras que não refletem com justeza o problema pátrio, como por

---

[229] Eis os correspondentes fundamentos: "O direito à saúde representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O Poder Público, a qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconseqüente. O caráter programático da regra inscrita no artigo 196 da Carta Política não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade – Precedentes do Supremo Tribunal Federal. ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos: Acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em 2ª Turma, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental. Brasília, 12 de setembro de 2000 – *Néri da Silveira*, pres. – *Celso de Mello*, relator". Precedente retirado de: VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais:** uma leitura da jurisprudência do STF. Colaboração de Flávia Scabin. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 386-387.

exemplo, a teoria da "reserva do possível", com o fim específico de justificar os "limites do possível" que o próprio Poder Público cotidianamente estabelece, em face da escassez de recursos financeiros[230].

Como bem destaca Andreas Joachim Krell, essa teoria, na verdade, representa uma adaptação de um *tópo*s da jurisprudência constitucional alemã (*Der Vorbehalt des möglichen),* que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos[231]. Ao mesmo tempo, a decisão sobre a disponibilidade dos mesmos estaria (paradoxalmente) localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos, através da composição dos orçamentos públicos. Contudo, os problemas de exclusão social no Brasil de hoje são tão graves que não podem ser comparados à situação social dos países-membro da União Européia. Ademais, haveria que se analisar quem possui legitimidade para definir o que seja "o possível" face às composições distorcidas dos orçamentos dos diferentes entes federativos.

Segundo Lenio Luiz Streck, as perspectivas de realização do Estado Social não estão esgotadas e que o papel da justiça constitucional não deve ficar reservado à compreensão procedimental da Constituição[232]. Assim, o Supremo Tribunal Federal não deve ser o guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais (preceitos e princípios): "(...) entendo - diz o autor - que a realização dos valores substanciais, a pretexto da juridicização da política, não podem ser negados à sociedade"; nem se pretende, como destaca Robert Alexy[233], que as afirmações jurídicas e decisões sejam mais corretas, mas apenas que

---

[230] Oportuna reflexão acerca dos elementos do âmbito da norma e do âmbito do caso, trazendo ao debate a "Reserva da consistência". Com apoio em Peter Härbele, a autora defende que esses elementos conduzem às idéias da reserva de consistência e de reserva do possível. Aclara que o resultado da interpretação será submetido a uma reserva de consistência, a qual mostrar-se-á apta fornecer justificativas diversas e variadas, ou, ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais (BILHALVA, Jacqueline Michels. **A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 138 e seguintes). A nosso ver, esta idéia é muito semelhante à de *tópica* desde Aristóteles até Theodor Viehweg. Basicamente é uma forma de pensar por problemas – em oposição à forma de pensar por sistemas - que insurge contra o raciocínio axiomático-dedutivo, de tipo silogístico, rejeitando a concepção legalista e estatizante. A esse respeito conferir: PERELMAN, Chäim. **Lógica jurídica:** nova retórica. 2. ed. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 144. / ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito:** tópica, discurso e racionalidade. Prefaciado por Tércio Sampaio Ferraz Junior. Florianópolis: Momento Atual, 2004, 143 e seguintes. / LEITE, George Salomão. **Interpretação constitucional e tópica jurídica.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 51. / BERLIN, Isaiah. **Vico e Herder.** Tradução de Juan Antônio Gili Sobrinho. Brasília: UNB, 1982, p. 10.

[231] KRELL, Andreas Joachim. A falácia da "Reserva do Possível": fruto de um direito constitucional comparado equivocado. In: **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (dês) caminhos de um direito constitucional "comparado".** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 52.

[232] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica** – Uma nova Crítica do Direito. 2. ed. Rev. e ampli. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 3.

[233] ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 310.

sejam corretas de acordo com a ordem jurídica vigente; isso ocorre se se podem fundamentar racionalmente levando em conta a lei, o precedente e a dogmática.

Nesse sentido, por unanimidade, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida pelo Ministro Luiz Fux, assim esquadrinhou a eficácia do direito à saúde em face da reserva do possível: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS CONCRETAS. DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196 DA CF/88). EFICÁCIA IMEDIATA. MÍNIMO EXISTENCIAL[234]. **RESERVA DO POSSÍVEL.** ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA À LUZ DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA[235].

---

[234] Fernando Facury Scaff, com sucedâneo em Robert Alexy, em sub-título que leva o nome "Pontos de contato entre o mínimo existencial (*status positivos libertatis*) e os direitos fundamentais sociais nas sociedades periféricas", apresenta duas teses em favor do direitos fundamentais: a) a liberdade jurídica para fazer ou deixar de fazer algo, sem a existência de liberdade fática ou real, carece de qualquer valor; e b) a liberdade fática de um sem número de titulares de direitos fundamentais não encontra substrato material em seu meio, mas dependem essencialmente de atividades estatais (SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: **Diálogos constitucionais:** Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Coordenado por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martônio Mont'Alverne Barreto Lima. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 151).

[235] A correspondente fundamentação *in literis*: "1. Fundando-se o Acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao Colendo STF, e a competência traçada para este Eg. STJ restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional. Precedentes jurisprudenciais do STJ: RESP 804595/SC, DJ de 14.12.2006 e Ag 794505/SP, DJ de 01.02.2007 2. A questão debatida nos autos - implementação do Modelo de Assistência à Saúde do Índio e à instalação material dos serviços de saúde à população indígena situada em área no Rio Grande do Sul - foi solucionada pelo Tribunal a *quo* à luz de preceitos constitucionais, conforme se infere do voto condutor do acórdão recorrido, *verbis*: "(...)O direito fundamental à saúde, embora encontrando amparo nas posições jurídico-constitucionais que tratam do direito à vida, à dignidade da pessoa humana e à proteção da integridade física (corporal e psicológica), recebeu no texto constitucional prescrição autônoma nos arts. 6º e 196, *in verbis*: Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Mesmo que situado, como comando expresso, fora do catálogo do art. 5º da CF/88, importante destacar que o direito à saúde ostenta o rótulo de direito fundamental, seja pela disposição do art. 5º, § 2º, da CF/88, seja pelo seu conteúdo material, que o insere no sistema axiológico fundamental - valores básicos - de todo o ordenamento jurídico. INGO WOLFGANG SARLET, ao debruçar-se sobre os direitos fundamentais prestacionais, bem posiciona o tema: Preliminarmente, em que pese o fato de que os direitos a saúde, assistência social e previdência - para além de sua previsão no art. 6º da CF - se encontram positivados nos arts. 196 e ss. da nossa Lei Fundamental, integrando de tal sorte, também o título da ordem social, e não apenas o catálogo dos direitos fundamentais, entendemos não ser sustentável a tese de que os dispositivos não integrantes do catálogo carecem necessariamente de fundamentalidade. Com efeito, já se viu, oportunamente, que por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF, diversas posições jurídicas previstas em outras partes da Constituição, por equiparadas em conteúdo e importância aos direitos fundamentais (inclusive sociais), adquirem também a condição de direitos fundamentais no sentido formal e material, ressaltando, todavia, que nem todas as normas de ordem social compartilham a fundamentalidade material (e, neste caso, também a formal), inerente aos direitos fundamentais. Além disso, percebe-se, desde já, que as normas relativas aos direitos sociais do art. 6º da CF exercem a função

Nesta decisão o Ministro Luiz Fux ainda destaca que a Lei Maior, no que diz com os direitos fundamentais, deixa de ser mero repositório de promessas, carta de intenções ou recomendações. Infirma que houve a conferência de direitos subjetivos ao cidadão e à coletividade, que se vêem amparados juridicamente a obter a sua efetividade, a realização em concreto da prescrição constitucional. Assim, o princípio da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais está encartado no § 1º, do art. 5º, da CF/88: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Lembra que muito se polemizou, e ainda se debate, sem que se tenha ocorrida a pacificação de posições acerca do significado e alcance exato da indigitada norma constitucional.

Porém, em trecho, adverte o autor: crescente e significativa é a moderna idéia de que os direitos fundamentais, inclusive aqueles prestacionais, têm eficácia *tout court*, cabendo, apenas, delimitar-se em que extensão. Encontra-se superada a compreensão que os enquadrava como regras de conteúdo programático a serem concretizadas mediante intervenção legislativa ordinária. Quedou-se, pois, da negativa de obrigação estatal a ser cumprida com espeque nos direitos fundamentais, o que tinha como conseqüência a impossibilidade de categorizá-los como direitos subjetivos, até mesmo quando em pauta a omissão do Estado no fornecimento do mínimo existencial.

Em caráter revelador o precedente desnuda novos rumos interpretativos, a par de dar-se eficácia imediata aos direitos fundamentais, atribuindo-se ao intérprete a missão de desvendar o grau dessa aplicabilidade, porquanto mesmo que se pretenda dar máxima elasticidade à premissa, nem sempre se estará infenso à uma *interpositio* legislatoris, o que não ocorre, na porção do direito que trata do "mínimo existencial".(...)

O autor do voto em análise, com louvável razão, não olvida da atuação estatal na concretização da sua missão constitucional, a qual deve orientar-se pelo "Princípio da máxima

---

precípua de explicitar o conteúdos daqueles. No caso dos diretos à saúde, previdência e assistência social, tal condição deflui inequivocamente do disposto no art. 6º da CF: 'São direito sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Além disso, poderia referir-se mais uma vez a íntima vinculação entre os direitos a saúde, previdência e assistência social e os direitos à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, renunciando, neste particular, a outras considerações a respeito deste aspecto. (in A eficácia dos direitos fundamentais, 3ª ed., Livraria do Advogado, 2003, Porto Alegre, p. 301/302). Os direitos fundamentais, consoante a moderna diretriz da interpretação constitucional, são dotados de eficácia imediata (...). Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda, José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator. (Proc. REsp 811608 / RS RECURSO ESPECIAL 2006/0012352-8, Rel. Ministro LUIZ FUX (1122), T1 - PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2007, publicado no DJ 04.06.2007 p. 314)". Retirado do site do STJ, www.stj.gov.br, acessado em 18 de janeiro de 2008, às 20:30 hs.

efetividade da Constituição", de sorte que "a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todos e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas pragmáticas, é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)"[236].

> Incumbe ao administrador, pois, empreender esforços para máxima consecução da promessa constitucional, em especial aos direitos e garantias fundamentais. Desgarra deste compromisso a conduta que se escuda na idéia de que o preceito constitucional constitui *lex imperfecta*, reclamando complementação ordinária, porquanto olvida-se que, ao menos, emana da norma eficácia que propende ao reconhecimento do direito subjetivo ao mínimo existencial; casos há, inclusive, que a disciplina constitucional foi além na delineação dos elementos normativos, alcançando, então, patamar de eficácia superior que o mínimo conciliável com a fundamentalidade do direito. A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da "**reserva do possível**". Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de **ação pública**, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais[237]. (Grifos nossos)

Tomemos, então, como ponto de partida para o estudo da tutela coletiva, a constatação de que mesmo os direitos fundamentais a prestações são inequivocamente autênticos direitos fundamentais, constituindo direito imediatamente aplicável. Outrossim, o quanto de eficácia cada direito fundamental a prestações poderá desencadear dependerá sempre de sua forma de positivação no texto constitucional e das peculiaridades de seu objeto, bem como da análise em concreto. Não é demais lembrar que o objeto do direito à saúde, em muitos caso, pode ser a própria vida humana.

Assim o juízo de oportunidade e avaliação do programa incumbem ao Poder Legislativo, no exercício de sua função legiferante e, como salientado por Ferraz Jr. [238], a

---

[236] JJ. Gomes Canotilho citado por Luiz Fux, ibid (precedente do STJ).
[237] Luiz Fux, ibid (precedente do STJ).
[238] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Interpretação e estudos da Constituição de 1988.** São Paulo: Atlas, 1990, p. 19.

eficácia técnica, neste caso, é limitada. E a eficácia social depende da própria evolução das situações de fato. Daí resulta uma aplicabilidade dependente.

Após a revolução industrial (séc. XIX) e as primeiras conquistas dos movimentos sindicais em vários países, os Direitos de segunda dimensão aparecem nos textos das constituições (séc. XX), com a constituição do México (1917), da República Alemã de Weimar (1919) e também do Brasil (1934), passando por um ciclo de baixa normatividade e eficácia comprometida.

A Constituição de 1988 no capítulo II do título II trata especificamente dos direitos sociais. O artigo 6° inclui a saúde como um direito social com a seguinte redação: "São direitos sociais a educação, "a saúde", o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social...". (Destaque nosso)

Afiança José Afonso da Silva que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciados em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais[239]. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na mediada em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com exercício efetivo da liberdade.

Também, com inegável razão, Luis Roberto Barroso ensina que as normas constitucionais atributivas de direitos sociais ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado[240]. Assim, o dever jurídico a ser cumprido consiste não apenas em uma atuação efetiva, mas também eficiente na entrega de um bem ou na satisfação de um interesse.

As normas programáticas, para Jorge Miranda, são de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos-regras, explicitam comandos-valores; conferem "elasticidade" ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primacial – embora não único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios que vêm a ser revestidas de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem já (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais seu cumprimento só por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, máxime os direitos sociais, têm mais natureza

---

[239] José Afonso da Silva, op. cit., p. 277.

[240] BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – Limites e possibilidades da Constituição brasileira.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 108.

de expectativas que de verdadeiros direitos subjetivos; aparecem, muitas vezes acompanhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente indeterminados[241].

Entendemos que a possibilidade de aplicação deve ser plena; o destinatário primeiro é o jurisdicionado - individual ou coletivamente considerado -, devendo o legislador entender o seu papel enquanto representante dos mesmos. A indeterminação, própria das coisas humanas, não deve servir de fundamento para negar a justiça social.

O poder discricionário do administrador público só deve servir a um propósito: alcançar o bem-estar de todos, apenas restando para si a escolha de como melhor fazê-lo. Por isto mesmo, é na análise de cada caso que o aplicador deve confrontá-las (as normas programáticas) com eventuais valores visando à decidibilidade que melhor alcance a finalidade maior do Estado. De outro modo, como pretende o autor imediatamente citado, "dizer" para o povo que tais políticas públicas são meras expectativas, seria comprometer a própria governabilidade (qualidade de governar). Por outro lado, não afirmar, entretanto, negar tal concretude, seria demagogia (forma corrompida da democracia), o que incorreria em igual risco. Destarte, a única alternativa possível é a progressiva concretização, sempre verificando o nível de (in)intolerância da população às decisões de caráter político.

Ferdinand Lassalle chegou a afirmar que a Constituição ao não espelhar a vontade da saciedade estaria automaticamente destituída de eficácia, não passando de uma "folha de papel"[242]. Por seu turno, Konrad Hesse lembra que a Constituição, mesmo quando não concretizada plenamente, não significa apenas um pedaço de papel. Destaca o autor que embora negada em razão de interesses contraditórios, é possível conseguir equilibrar o conflito entre o normativismo jurídico e os fatores reais do poder, isto porque existem pressupostos realizáveis que permitem assegurar a sua força normativa[243].

Na Constituição de 1988, são exemplos dessa espécie os direitos à proteção à saúde (art. 196), previdência social (arts. 6° e 201), aposentadoria da mulher após trinta anos de contribuição (art. 201, § 7°, I). Nesse último dispositivo, o teor de objetividade da norma permite a pronta verificação do seu cumprimento ou não. Nos dois outros, muito mais fluídos, esta verificação é complexa e encontra limites, tanto de cunho econômico quanto político. Os

---

[241] MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 2. ed. Coimbra: Coimbra (editora), 1983, p. 41.
[242] LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica – Líder, 2002, p. 53.
[243] HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, *passim*.

limites econômicos derivam do fato de que certas prestações hão de situar-se na "reserva do possível", ou seja, depende da disponibilidade do erário[244].

Direcionemos a atenção para esta questão delicada: a ausência da prestação será sempre inconstitucional e sancionável; mas determinar se ela é plenamente satisfatória é tarefa árdua. Existem barreiras políticas. Luis Roberto Barroso toma como exemplo a determinação da melhor medida de caráter médico-preventivo, dentre os diversos existentes, para conter uma epidemia (lê-se: "eficiente"). Salvo casos extremos de inércia ou manifesta inadequação das providências tomadas, esta será uma decisão que resvala para a discricionariedade dos poderes públicos e, pois, iniludível em via jurisdicional.

Segundo Alexandre Santos de Aragão não há dúvida que a construção do Direito Público de um Estado liberal, de um Estado democrático de Direito, social ou de outra espécie cujo surgimento esteja em curso, não é aleatória, mas inerente às contingências ideológicas, econômicas, políticas e sociais de cada momento histórico[245]. Assim o Direito Público, enquanto positivação dos postulados políticos vitoriosos ou concesualizados em dado *iter* da história, mais que todos os ramos do Direito, é dialeticamente influenciado e, por vezes, constituído por esses elementos metajurídicos, e vice-versa.

No caso em tela, os problemas têm início a partir da dicção ambígua do artigo 196, o qual faz referência ao direito à saúde e ao dever do Estado, mas tem redação de norma programática – fala em políticas sociais e econômicas que não estão especificadas –, o que culminou com vasta discussão jurisprudencial, conforme será examinado.

Decorre, pois, da não efetivação das "promessas" constitucionais o conflito que se estabelece entre o beneficiário (indivíduo/prestacionado) e o Poder Púbico, o qual dentro da perspectiva do Estado Social é indeclinavelmente o responsável pela promoção e efetividade dos direitos sociais.

Nada obstante o fato de a Constituição representar o conjunto sistemático e orgânico de normas codificadas e organizadas pelo Poder Constituinte que erigiu os direitos sociais como normas fundamentais para a coletividade estatal, o termo Constituição incide sobre diversas outras matérias e finalidades, fazendo representar uma organização dos poderes supremos, baseada em normas jurídicas vestidas de conteúdo sociológico e que se encontra condicionada por ideais políticos.

---

[244] A respeito ver o trabalho de Andreas Joachim Krell, A falácia da "Reserva do Possível": fruto de um direito constitucional comparado equivocado. In: **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (dês) caminhos de um direito constitucional "comparado".** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

[245] ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras – E a evolução do Direito Administrativo Econômico.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 3.

Isto é o que se denomina de caráter polifacético das constituições, que termina por criar sua estrutura normativa, dividindo-se esta em categorias de normas vistas como elementos das constituições. Cada categoria dessas normas ou elementos condiz com um determinado período histórico. Elementos novos se integram à estrutura normativa à medida que o constitucionalismo evolui.

No plano lingüístico, a pergunta que se formula é: a linguagem é limite para os direitos fundamentais? Isto é, se os limites do universo humano são os limites de sua linguagem, também a eficácia dos direitos fundamentais não poderia fugir a esta realidade-produto da cultura dos homens. Aliás, por isto mesmo, é equivalente afirmar que a dignidade é a idéia que sustém o Estado hodierno e coincide em forma, conteúdo e limites com esse universo estabelecido pela linguagem humana.

Nesses termos, a dignidade humana não seria um direito a mais positivado nas constituições modernas, mas, em verdade, a raiz e o fim de todo o Direito. Ela estaria contida em todo direito e nenhum direito existiria sem alguma relação de causalidade com a dignidade humana.

Luis Prieto Sanchís em comentário à jurisprudência constitucional espanhola lembra que tal afirmação representa quase uma cláusula de estilo e traz à baila o seguinte julgado:

> No existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus limites que [...] em relación a los derechos fundamentales, estabelece la Constituicón por si misma em algunas ocasiones, mientras em otras el limite deriva de uma manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto há de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos constitucionales, sino tambiém otros bienes constitucionales protegidos (STC 2/1982) [246].

O mesmo se observa na maior parte da doutrina, diz o autor. Luis Prieto Sanchís que lança o problema é o mesmo que elucida infirmando que não se pode simplesmente limitar ou cercear direitos fundamentais, do mesmo modo em relação às demais normas constitucionais. Contudo, explica o expoente espanhol que isto não significa que os direitos sejam ilimitados, de modo que autorizem qualquer conduta; espera-se tão somente que apareçam já delimitados no texto constitucional e, dentro desse círculo delimitado, não cabe nenhuma restrição.

---

[246] Tradução livre: Não existem direitos ilimitados. Todo direito tem seus limites que em relação aos direitos fundamentais, estabelece a Constituição por si mesma em algumas ocasiões, enquanto em outras o limite deriva de uma maneira mediata ou indireta de tal norma, assim que há de se justificar pela necessidade de proteger ou preservar não só outros direitos constitucionais, mas também outros bens constitucionais protegidos (SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid, Espanha: Trotta, 2003, p. 217).

A questão reside então na delimitação conceitual do conteúdo mesmo do direito, de forma que o que se chama proteção de outro bem constitucional não exige na realidade uma limitação externa dos direitos e liberdades, porque as condutas que derivam de uma eventual ameaça do bem cuja proteção se trata simplesmente não pertencem ao âmbito do direito fundamental. Isto implica que entre direito e seu limite não existirá propriamente antinomia porque seus respectivos supostos de fato estariam incomunicados, devendo ser aplicada tão somente uma relação de especialidade.

Contudo, o autor não abordou a questão dos limites à dignidade da pessoa humana enquanto direito mais que fundamental. Realmente fica difícil, para não dizer quase impossível, aplicar a solução apresentada nesta situação, na medida em que conceituar a dignidade da *persona* não parece uma tarefa tão fácil, ademais não se afigura uma alternativa plausível particionar a dignidade do homem e dizer pro indivíduo: " - Olha o senhor tem direito a vinte ou trinta por cento de dignidade, portanto sua cidadania deve obedecer a uma hierarquia escalonada de valores numéricos" [247].

Numa coisa concordamos com Luis Prieto Sanchís. É quando ele diz: *Em efecto, el núcleo de la cuestión reside em como han de ser tratadas las acciones del poder [...] que de algún modo regulan o se proyectan sobre el ejercicio de los derechos*[248]. Naturalmente que se está também a discutir o poder político, bem como suas variadas manifestações em tempos de globalização.

É nessa perspectiva que se vislumbra a tutela coletiva do direito à saúde, ou seja, parafraseando Niklas Luhmann, em busca da legitimação através do procedimento[249].

Peces-Barba é contundente ao afirmar que a dignidade como capacidade de comunicar-se e de dialogar flui juntamente com os direitos de associação e de reunião[250], com

---

[247] A jurisprudência pátria nos últimos anos inaugurou o curioso conceito de 'Mínimo existencial'. Segundo este pensamento a existência digna (art. 170, *caput*, CF/88) estaria atrelada a padrões mínimos estabelecidos pelo próprio Poder Judiciário. O problema que se observa é que ao determinar o conteúdo, a quantidade ou a qualidade da dignidade da pessoa, o magistrado estaria na verdade legislando em matéria constitucional. A solução que apresentamos para a questão é a de que na impossibilidade de se determinar o *quantum*, deve o Estado propiciar as condições para que todo indivíduo possa desenvolver suas aptidões, sendo superada no estágio atual a discussão de que seria ou não a dignidade um direito público subjetivo, portanto disponível, ele mesmo o titular de sua própria dignidade, deverá ter como prerrogativa escolher o quanto lhe basta, observadas, naturalmente, as contingências sociais.

[248] Tradução livre: Com efeito o núcleo da questão reside em como hão de ser tratadas as ações do poder, que de algum modo regulam ou se projetam sobre o exercício dos direitos (Luis Prieto Sanchís, op. cit., p. 221).

[249] LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento.** Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: UNB, 1980, *passim.*

[250] Achamos oportuno lembrar que a previsão da Lei 7.347 de 1985 e o CDC, no sentido de legitimar as associações civis à propositura da ACP, coaduna com o presente estágio de desenvolvimento da pesquisa, podendo, desde já, ser identificada a teleologia desse postulado legal (art. 5º da LACP – Lei de Ação Civil Pública e artigo 82 do CDC – Código de Defesa do Consumidor).

a liberdade de expressão e de informação e com os direitos lingüísticos, e quando se trata da capacidade de criação artística, com as liberdades e direitos culturais[251].

A idéia de um discurso de liberdade para a saúde é algo que já se verifica até mesmo na dicção dos Ministros das cortes superiores.

> PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA**.** LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. TRATAMENTO DE SAÚDE, PELO ESTADO, A MENOR HIPOSSUFICIENTE. OBRIGATORIEDADE. AFASTAMENTO DAS DELIMITAÇÕES. PROTEÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER CONSTITUCIONAL. ARTS. 5º, CAPUT, 6º, 196 E 227 DA CF/1988. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR E DO COLENDO STF. (...) 5. **O Estado, ao negar a proteção perseguida nas circunstâncias dos autos, omitindo-se em garantir o direito fundamental à saúde, humilha a cidadania**, **descumpre o seu dever constitucional e ostenta prática violenta de atentado à dignidade humana e à vida. É totalitário e insensível** (...)"[252]. (Grifos nossos)

Vejam quão forte é a expressão "humilham a cidadania". Como se observa, vários e de múltiplas vertentes são os elementos que contextualizam a problemática que se apresenta. Deparar resultados e conclusões capazes de evidenciar possíveis soluções implica necessariamente num estudo à luz dos vários contextos, volvendo mormente disciplinas como sociologia, filosofia e ciência política, as quais contiguamente compõem a Ciência do Direito.

Assim, o presente ponto, já com ares de conclusão de capítulo, destaca o direito à saúde enquanto direito humano fundamental, nada obstante as crises hodiernas, apontando o pensamento racional contemporâneo como limite lingüístico às decisões proferidas, especialmente em sede do Poder Judiciário, o qual é impelido pelo direito à cidadania,

---

[251] PECES-BARBA, Gregorio. **La dignidade de la persona desde la filosofía del derecho**. 2. ed. Cuadenos "Bartolomé de las Casas". V. 26. Madrid: Universidad Carlo III de Madrid - Dykinson, 2003, p. 77.

[252] Vejam demais fundamentos do voto relatado: "Pela peculiaridade do caso e em face da sua urgência, hão de se afastar as delimitações na efetivação da medida sócio-protetiva pleiteada, não padecendo de ilegalidade a decisão que ordena a Administração Pública a dar continuidade a tratamento médico. 7. Legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa de direito indisponível, como é o direito à saúde, em benefício de pessoa pobre. 8. Precedentes desta Corte Superior e do colendo STF. 9. Recurso especial não-provido. Acórdão. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão". (Proc. REsp904443/RS RECURSO ESPECIAL 2006/0257397-3, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO (1105), T1 - PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/02/2007, publicado no DJ 26.02.2007 p. 567).

enquanto discurso insuperável e fonte legitimadora, portanto, de toda ação governativa eficiente, como condição para o desenvolvimento[253].

Ludwig Wittgenstein afirma que ter algo em mente não é nenhuma imagem morta (seja qual for), mas é como se nos aproximássemos de alguém. Aproximamo-nos do que temos em mente. Quando se tem algo em mente, tem-se a si mesmo em mente; assim, movimenta-se a si mesmo[254]. Arremessa-se a si mesmo e não se pode, por isso, observar também o arremesso. De certo modo, com aporte no mesmo filósofo, é possível concluir que os limites do "seu mundo" são os limites de "sua linguagem", e o universo comunicacional de hoje não comporta a negação do direito à saúde, total ou parcial (neste caso incorrendo em mitigação do imperativo constitucional de eficiência), qualquer que seja o argumento arremessado.

2.16 Desenvolvimento, saúde e meio ambiente

Como afirmado alhures, o conceito de saúde também é uma questão de direito à vida saudável, de qualidade de vida que deve objetivar a democracia, igualdade, respeito ao meio ambiente e o desenvolvimento – entendendo por isto o que Amartya Sen, bem afirma ao alocar o direito à saúde na perspectiva da liberdade, e esta como condição para o desenvolvimento[255].

O autor ainda destaca que as liberdades não são apenas os fins primordiais do desenvolvimento, mas também os meios principais; e que as oportunidades sociais (na forma de serviços de educação e saúde) facilitam a participação econômica[256]. Com oportunidades sociais adequadas, os indivíduos podem moldar seu próprio destino e ajudar uns aos outros.

---

[253] É oportuno recomendar o artigo de Carlos Wagner Dias Ferreira, o qual, em caráter conclusivo, observando os balizamentos da argumentação racional hodierna, sintetiza as premissas à respeito do processo de interpretação dos direitos fundamentais, por intermédio dos princípios de Direito (FERREIRA, Carlos Wagner Dias. A interpretação dos direitos fundamentais: interpretar é argumentar por meio de princípios. In: **Revista Direito e liberdade /** Escola de Magistratura do Rio Grande do Norte – Ano 3, v. 5, n. 1 (2005-). – Mossoró: ESMARN, 2007 – Edição Especial -, p. 210- 213). Nesse sentido, Inocêncio Mártires Coelho e Jacinto de Miranda Coutinho também apresentam, sob prismas diversos, os contornos da interpretação jurídica (COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional.** 2. ed., rev. e aument. Porto Alegre: SAFe, 2003, p. 143-145 / COUTINHO, Jacinto de Miranda. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. In: **Diálogos constitucionais:** Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Coordenado por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martônio Mont'Alverne Barreto Lima. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 225-232).

[254] WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Coleção "Os pensadores". Tradução de José Carlos Bruni. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, destaque em "folha de rosto".

[255] Amartya Sen, op. cit., p. 17.

[256] Amartya Sen, ibid, p. 25.

Não precisam serem vistos sobretudo como beneficiários passivos de "engendrosos" programas de desenvolvimento.

Importa que a idéia atual aplicada ao desenvolvimento insere-se no contexto dos direitos do homem, objetivamente verificados através do IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) que leva em consideração a inclusão social como um todo (saúde, educação, moradia, lazer, amparo social, trabalho, qualidade de vida, taxas de natalidade e mortalidade, participação no exercício da soberania, liberdade de expressão, de associação e informacional, acesso à internet, acesso ao Judiciário etc., enfim o ambiente em que se encontra inserido o homem). É nesse sentido que se devem estabelecer as balizas para uma interpretação conforme a Carta Política, no que se refere para a garantia expressa do desenvolvimento nacional esculpida no inciso II do art. 3°.

Deste modo, é preciso considerar que os direitos sociais, incluindo é claro o direito à saúde, são na verdade direitos humanos em sua essência, na medida em que constituem fundamentos da civilização democrática que a humanidade vem construindo nos últimos séculos. Conforme vimos, constituem alicerces essenciais desta civilização que as pessoas não proprietárias de capital não tenham que morrer por falta de assistência ou submeterem-se a condições de trabalho perigosas para a sua saúde.

Assume relevância capital, a inserção de direito à saúde no contexto do direito ao meio ambiente[257] (legislação, precedentes e doutrina), considerando como tal todo o espaço (físico, biopsíquico e social) onde vive e se desenvolve o indivíduo humano.

Antônio Herman V. Benjamin, em análise ao pensamento de José Celso de Mello, ainda na vigência da Constituição de 1969, destaca que "a tutela jurídica do meio ambiente decorre da competência legislativa sobre defesa e proteção da saúde"[258].

Antes da Constituição Federal de 1988, várias foram as Constituições que trataram do tema saúde, considerando-o, sob vários enfoques, como algo dotado de importância peculiar.

Bem destaca o autor em referência que o intérprete houve por bem nivelar a degradação ambiental à degradação sanitária, pelo fato de não haver previsão expressa, ou até mesmo, compreender a degradação ambiental no âmbito da esfera difusa dos domínios estatais de regulação da produção e do consumo.

---

[257] Importa destacar que a expressão "meio" e "ambiente" quando jungidas apresenta problemas de sintaxe em razão da redundância, considerando que a palavra "meio" por ser compreendida como o lugar em que se encontra todo indivíduo humano, assim, como também, detém igual significado, a expressão "ambiente". Atualmente, já não se perde tanto tempo com esses preciosismos, considerando que as duas palavras têm valor assente tanto na linguagem técno-jurídica quanto natural (vulgar).

[258] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: **Direito constitucional ambiental brasileiro**. Organizadores: José Joaquim Gomes Canotilho, José Rubens Morato Leite. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 90.

Hodiernamente, tal empenho mostra-se limitado, tendo em vista que pode ser considerado eticamente insuficiente, porque, a tutela ambiental, deixa o rigorismo encontrado em sua raiz de natureza antropocêntrica e passa a abrigar uma abordagem mais abrangente, esta de feição biocêntrica[259].

Pelo fato de não poder se enlear o direito à saúde com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, também se apresenta pouco vigoroso dogmaticamente, considerando que seus contornos exteriores não são, via de regra, equiparados. Muito embora ao se tutelar o meio ambiente esteja-se na maioria das vezes de modo recíproco, favorecendo a saúde humana.

Como forma de se colocar em prática as normas constitucionais, faz-se mister distinguir em esferas próprias as questões do direito de não ser afetado por gases poluentes ou pela deterioração do meio ambiente, e a do direito à proteção da natureza propriamente dita. Na primeira hipótese, o escopo da interferência é analisar o meio ambiente como causador de prováveis lesões ao indivíduo ou ainda à sua propriedade. Já a segunda, se propõe a garantir a conservação do equilíbrio ecológico, como valor intrínseco, não obstante, de forma indireta, tal atitude venha a afiançar uma maior "qualidade de vida" para a população.

A Constituição Federal de 1988 ao cuidar da proteção ao meio ambiente propriamente falando, conserva a conexão vida-ambiente, saúde-ambiente e segurança-ambiente, não obstante essa idéia esteja firmada em extensa tradição doutrinária e nos contextos constitucionais precedentes[260].

Nesse sentido, é de mencionar a guisa de exemplo, que dentre as competências do SUS (Sistema Único de Saúde), encontram-se, de acordo com o artigo 200, VI, o controle, a fiscalização e a inspeção de "águas para consumo humano", ainda no artigo 200, VII, a "produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos (...) tóxicos e radioativos", bem como a colaboração "na proteção do meio ambiente, nele compreendendo o do trabalho", previsto no inciso VIII do mesmo dispositivo[261].

Como se verifica, no atual constitucionalismo pátrio é expresso o reconhecimento de um direito ao meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, o que coloca o direito à saúde como complementador da tutela contra ameaças e deteriorações ao meio ambiente.

Pode-se depreender do disposto acima que se trata de uma reduzida associação de normas. Não obstante a crítica teórica feita acima, o assentimento de uma assistência

---

[259] Antônio Herman de Vasconcelos Benjamin, ibid, p. 90. O autor chega a propor, além da expressão "biocêntrico", uma outra similar: "econcêntrico".
[260] Antônio Herman de Vasconcelos Benjamin, ibid, p. 92.
[261] Antônio Herman de Vasconcelos Benjamin, ibid, p. 92.

ambiental autônoma não afasta em muitos dos casos, sua vinculação com a idéia de saúde e segurança humanas.

O raciocínio da proteção à saúde traz vantagens manifestas à tutela ambiental. Como ocorre em outros países, o direito à saúde no Brasil, em comparação com outros direitos constitucionais, encontra-se no nível mais elevado da estrutura constitucional e legal.

Nesse sentido, Antônio Herman de Vasconcelos Benjamin, bem destaca que certos países, como a Bélgica, por exemplo, colocaram a mencionada vinculação no seio de novéis direitos relacionados ao meio ambiente. Assim, ao reformar, em 1994, o artigo 23(I) de sua Constituição, incluiu, no campo dos direitos econômicos e sociais, o "direito à proteção de um meio ambiente sadio"[262]. Em idêntico sentido, encontra-se a previsão da Constituição brasileiro de 1988, no que se refere ao meio ambiente, apenas melhor precisando com a expressão "sadia qualidade de vida" (conferir *caput* do art. 225 da CF).

2.17 Esfera pública em países periféricos: o discurso da cidadania em saúde e suas implicações (o caso brasileiro)

Com a intensificação dos discursos e debates sobre cidadania nas últimas décadas testemunhamos uma generalização e uma acentuação deste conceito. Essa expressão influenciou diversos campos do saber e atividades diversas, entre as quais podemos citar a saúde.

Há algumas décadas, observa-se entre os poderes e organismos dos países periféricos uma tendência em estabelecer um novo discurso onde o papel do estado é substituído e minimizado por uma nova proposta no sentido de um discurso favorável à esfera pública e, capaz de garantir através do diálogo, dentre tantas outras conquistas, a de "uma cidadania para a saúde".

Entendemos esfera pública no sentido habermasiano da palavra; isto é, uma esfera pública de conteúdo não-estatal nasce a partir da transformação da função da imprensa de uma atividade meramente informativa e manipulativa do que interessa ao Estado tornar público para uma concepção de um veículo, de um "fórum" apartado do Estado. Como bem destaca Jessé Souza, o que é público, de interesse geral e para o bem de todos, precisa a partir

[262] Antônio Herman de Vasconcelos Benjamin, ibid, p. 93.

de agora provar-se argumentativamente enquanto tal, numa ampla discussão onde todos tenham acesso[263].

Jürgen Habermas no intento de elaborar um discurso para a Modernidade, a aponta como um projeto inacabado. Esse tema, lembra o autor, bem como seus aspectos filosóficos, têm penetrado fortemente na "consciência pública", na esteira da recepção do neo-estruturalismo francês, assim como o *slogan* "pós-modernidade"[264].

Nos países "periféricos" o discurso da cidadania cresce difundindo no contexto local relações de dependência econômica, política e cultural global. Isso sugere no mínimo uma reflexão sobre o significado e a avaliação nos países periféricos do discurso do papel da cidadania em particular no que tange a saúde.

Compreendemos "cidadania para a saúde" como uma proposta em torno da qual gravitam várias forças, interesses e discursos que disputam entre si o reconhecimento e legitimação social como a "verdadeira interpretação" sobre o ideal de cidadania em saúde, como um discurso, no sentido empregado por Michel Foucault no contexto da arqueologia e genealogia do saber-poder.

Quanto ao aspecto genealógico, este concerne à formação efetiva dos discursos, quer no interior dos limites do controle, quer no exterior, quer, a maior parte das vezes, de um lado e de outro da delimitação. A crítica analisa os processos de rarefação dos discursos; a genealogia estuda sua formação e ao mesmo tempo dispersa, descontínua e regular. [265]

Como leciona Foucault, saber e poder não existem separados um do outro: na verdade, estas duas tarefas não são nunca inteiramente separáveis; não há, de um lado, as formas de rejeição, da exclusão, do reagrupamento ou da atribuição; e de outro, em nível mais profundo, o surgimento espontâneo dos discursos que, logo antes ou depois de sua manifestação, são submetidos à seleção e ao controle[266].

Os discursos são entendidos como práticas geradoras de significados que se apóiam em regras históricas para estabelecer o que pode ser dito, num certo campo discursivo e num dado contexto histórico. Essa prática discursiva possível resulta de um complexo de relações com outras práticas discursivas e sociais. O discurso, portanto, relaciona-se em um só tempo,

---

[263] SOUZA, Jessé. **A singularidade ocidental como aprendizado reflexivo: Jürgen Habermas e o conceito de esfera pública.** In: A modernização seletiva: uma interpretação do dilema brasileiro. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 61.
[264] Habermas, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade:** doze lições. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000, *passim.*
[265] FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso.** São Paulo: Loyola, 2001, p. 65-66.
[266]Michel Foucault, ibid, p. 66.

com suas regras de formação, com outros discursos e com as instituições sociais e o poder que elas expressam.

No caso das sociedades da modernidade tardia, alta modernidade ou pós-modernidade, o discurso verdadeiro é identificado com o saber científico, que produz efeitos de poder devido à objetividade e neutralidade atribuído à ciência e às instituições que a promovem. O conhecimento e reconhecimento do discurso científico e de suas qualidades neutralizam-no como verdadeiro, impessoal, racional e livre de todo questionamento, elevam-no a uma posição de hegemonia social e transfere-lhe o poder de avaliar e julgar os demais saberes.

Com efeito, destaca Fernando Magalhães na dicção de Fábio Wellington Ataíde Alves, que a chamada "pós-modernidade" deve ser compreendida enquanto fenômeno resultante, especialmente, da firmação do capitalismo no final do último século. Deste modo, de maneira abrangente, identificam-na a economia global; o fim dos grandes ideais políticos; o Estado mínimo; a miséria cultural; a crescente importância do conhecimento tecnológico; a crise das relações de trabalho; o individualismo exacerbado; a instabilidade econômica; o abrandamento dos fins sociais do Estado; o fortalecimento do mercado financeiro e das grandes corporações; e o consumismo[267].

Como se observa, atualmente, já não se pode afirmar à sério que a aplicação das normas jurídicas não é senão uma subsunção lógica de premissas maiores formadas abstratamente.

Não mais se trata de dar renda livre a convicções morais subjetivas e sim a razões morais relevantes, ou seja a busca de um critério correto fundado em convicções extendidas ou gerais.

Se deve exigir um modelo que, por um lado, permita ter em conta as convicções extendidas e os resultados das discussões jurídicas precedentes e, por outro lado, deixe espaço aos critérios do correto.

A influência filosófica mais notável da concepção de Robert Alexy, de raiz kantiana, se tem reconhecido na teoria do discurso de Jürgen Habermas, para quem as questões práticas são suscetíveis de verdade, ou seja, que não podem desterrar-se do âmbito da racionalidade.

Duas classes de teorias da argumentação jurídica são possíveis, portanto: empíricas e analíticas. As teorias empíricas descrevem argumentações jurídicas existentes. As teorias analíticas se esforçam por uma classificação dos argumentos encontrados na argumentação

---

[267] Fernando Magalhães citado por Fábio Wellington Ataíde Alves (ALVES, Fábio Wellington Ataíde. O juiz: retrospectiva e perspectivas. In: **Revista Jurídica *Verba Volant, Scripta Manent.*** V. 3, n. 1, (dez. 2007), p. 11-29. – Patos: FIP (Faculdades Integradas de Patos, 2007, Anual, p. 24).

jurídica e uma análise de sua estrutura. Não obstante, não é algo suficiente para responder ao problema. Para isto é necessário uma teoria normativa, que permita determinar a força ou o peso dos diferentes argumentos e a racionalidade de uma fundamentação jurídica. A teoria do discurso jurídico racional nasce de um da teoria do discurso prático em uma teoria do sistema jurídico. Esta inclusão não é uma simples aplicação da teoria geral do discurso ao direito, sim seu necessário desenvolvimento por razões sistemáticas[268].

A idéia da teoria do discurso é a de poder discutir racionalmente sobre problemas práticos, com uma pretensão de retidão. Com isto intenta a teoria do discurso ir por um caminho médio entre teorias objetivistas e cognitivistas, de uma parte, e subjetivistas e não cognitivistas, de outra. Seu ponto de partida é o discurso prático geral. Discursos práticos gerais não são argumentações institucionalizadas sobre o que é ordenado, proibitivo e permitido, assim como tampouco acerca do que é bom ou mau.

As condições da racionalidade do processo discursivo se podem reunir em um sistema de regras do discurso. A razão prática pode definir-se como a capacidade de alcançar juízos conforme a esse sistema de regras.

Um problema central da teoria do discurso consiste em que seu sistema de regras não oferece nenhum procedimento que permita, em número limitado de operações, alcançar sempre um resultado demasiado exato.

A teoria do discurso é, pois, uma teoria e decisão não definitiva.

Um sistema jurídico que deseje responder às exigências da razão prática, somente pode crescer através de nexos de elementos institucionais ou reais com tais ideais e não somente de modo institucional.

Há três níveis de conexão: filosófico, político e jurídico. No nível filosófico se fundamenta a necessidade da existência de um sistema jurídico, assim como exigências elementares necessárias ao conteúdo e a estrutura do sistema jurídico, com argumentos práticos gerais. A argumentação prática geral não conduz em muitos casos a resultados que todos aprovem e quando leva a resultados que todos consentem. Os conflitos sociais não podem ser resultados baseados em regras que se contradizem umas a outras. A teoria do discurso se demonstra dessa maneira como teoria básicas do Estado constitucional democrático[269].

---

[268] ALEXY, Robert. **Teoria del discurso y derechos humanos.** Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho. N.º 1. Tradução e introdução de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 46.
[269] Robert Alexy, **Teoria del discurso y derechos humanos...,** op. cit. 52.

A significação da teoria do discurso em nível político resulta de que em um Estado constitucional democrático a produção de direito se apóia somente em compromissos e atos constitucionais.

No que se refere ao discurso de uma cidadania em saúde - que se relaciona na prática e na teoria com a esfera pública num contexto marcado por relações entre público e privado, local e global e, sobretudo por relações de dependência política, cultural, econômica entre países do centro e da periferia da sociedade global – recomenda-se a análise de seus significados e a avaliação de suas contribuições para o dilema cidadania-saúde no Brasil. Quais os significados e implicações desta articulação entre cidadania e saúde? Qual a natureza e os objetivos deste discurso? Cidadania para saúde? Qual a diversidade das leituras sobre este debate e quais os principais argumentos? Que fundamentos, valores e interesses estão envolvidos neste processo? Qual a história da construção do discurso para a construção da cidadania e sua inserção para a saúde no Brasil? Naturalmente, que todo esboço de resposta, desemboca forçosamente na Educação enquanto condição *sine qua non* para o exercício da cidadania.

2.18 Dinâmica procedimental para concretização do direito à saúde em face do processo cultural de somatização (multiplicação e transindividualização) de direitos: no limiar da tutela coletiva

No abismo existente entre o público e o privado, surge espaço para a evidenciação dos direitos transindividuais, metaindividuais, supra-individuais, transcendentes da esfera individual, materializados em três espécies de direitos ou interesses distintos, a saber: difusos, coletivos (ou coletivos *stricto sensu*) e individuais homogêneos (eventualmente coletivos).

Nesse sentido, é oportuno referir que a Constituição prevê inúmeros remédios e garantias referentes ao direito à saúde, legitimando ora o próprio indivíduo, ora associações ou instituições que representam o interesse da coletividade[270].

Há que se distinguir os litígios essencialmente coletivos dos acidentalmente coletivos.

A ação individual mostra-se inapropriada, do ponto de vista econômico, para se

[270] SCHWARTZ, André Doederlein Germano. **Direito à saúde:** efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 57. (Dissertação de mestrado oriunda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul).

pretender uma tutela jurisdicional adequada, bem como o autor individual vê-se intimidado diante da grandeza da parte contrária em contraposição à sua pretensão diminuta.

Nesse sentido é que a tutela dos litígios individuais, muitas vezes, faz-se mais satisfatória se exercida coletivamente. Recomenda-se a tutela jurisdicional coletiva. Em razão do dano em série, esses litígios, de modo acidental, adquirem o caráter coletivo.

Como se observa, a demanda foi e continua sendo por isonomia real (e não apenas formal), capaz de ombrear fortes e fracos, possibilitando aos segundos condições de obtenção de seus direitos[271]. Assim, para restaurar o equilíbrio perdido, uma nova tendência começou a se desenhar em fins do século passado, no sentido de ampliar o âmbito dos direitos pertinentes a uma ou mais pessoas determinadas, direitos coletivos de categorias específicas, ligadas por uma relação jurídica básica, ou até mesmo para alcançar os interesses de grupos integrados por uma pluralidade de pessoas indeterminadas embora vinculadas por um mesmo interesse.

Nessa direção já decidiu o Pretório Excelso brasileiro: STF, RE 226.835-6-RS (Caso da internação hospitalar diferenciada – Direito à saúde e igualdade) (1ª Turma – recorrente: Estado do Rio Grande do Sul, advs.: PGE/RS – Carlos Henrique Kaipper e outros – recorrida: Rosemari Pereira Dias, advs.: Álvaro Otávio Ribeiro da Siva e outros – rel. Min. Ilmar Galvão – j. 14.12.1999) Ementa: Direito à saúde – Art. 196 da CF – Acórdão recorrido que permitiu a internação hospitalar na modalidade "diferença de classe", em razão das condições pessoais do doente, que necessitava de quarto privativo – Pagamento por ele da diferença de custo dos serviços – Resolução n. 283/1991 do extinto INAMPS. O artigo 196 da CF estabelece como **dever do Estado a prestação de assistência à saúde e garante o acesso universal** e igualitário do cidadão aos serviços e ações para sua promoção, proteção e recuperação. O direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele[272].

---

[271] A respeito do assunto existe uma dissertação, oriunda da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR), de autoria de Priscilla Lacerda Junqueira de Arantes: ARANTES, Priscilla Lacerda Junqueira de. **O princípio da igualdade substancial na teoria contratual contemporânea.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

[272] "O acórdão recorrido, ao afastar a limitação da citada Resolução n. 283/1991, que veda a complementaridade a qualquer título, atentou para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, o de assistência à saúde. Refoge ao âmbito do apelo excepcional o exame da legalidade da citada resolução. Inocorrência de quebra da isonomia: não se estabeleceu tratamento desigual entre pessoas numa mesma situação, mas apenas facultou-se atendimento diferenciado em situação diferenciada, sem ampliar direito previsto na Carta e sem nenhum ônus extra para o sistema público. Recurso não conhecido. ACORDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos: Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por sua 1ª Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso extraordinário. Brasília, 14 de dezembro de 1999 – *Sydney Sanches*, pres. – *Ilmar Galvão*, relator". Caso referenciado por: VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais:** uma leitura da jurisprudência do STF. Colaboração de Flávia Scabin. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 391.

Tendo sido positivada pela primeira vez nos países adeptos da *common law*, a tutela processual coletiva tardiamente foi introduzida em nosso ordenamento. No âmbito federal norte-americano, a *class action*, típica da *common law*, foi regulamentada em 1912, mas só começou a assumir maior importância em 1938, quando foi adotada pela Suprema Corte, sendo amplamente empregada. No continente europeu raros são os diplomas legais regulamentando a defesa processual coletiva.

No Brasil, a defesa coletiva de direitos surge da exigência de igualdade, inclusão e pacificação social. Em razão dessa nova exigência, o processo, enquanto categoria jurídica, criado com o desígnio de proteger o indivíduo, teve que considerá-lo também coletivamente.

Cappelletti e Gerth citados por Hamilton Alonso Junior, destacam que atualmente existe uma verdadeira simbiose entre o acesso à justiça e a legitimação para a tutela dos direitos coletivos, com o escopo de conseguir um eficiente acesso ao Judiciário. Destaca o autor, nas vozes prelecionadas, o que denominam de três "ondas", cronologicamente cadenciadas, do movimento rumo à tutela coletiva: a) a primeira foi a idéia de assistência judiciária; b) a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para interesses 'difusos', especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e, c) a terceira é que chamamos de acesso à justiça[273]. Esta última tem o condão de incluir os posicionamentos anteriores e ir muito além deles, dessa forma, consubstancia-se numa tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.

Somente com o advento das ações coletivas que se verificou de fato a inclusão de muitos que não teriam seus problemas resolvidos pela falta de acesso à Justiça, ausência de conhecimento quanto a seus direitos, dentre outros entraves. Óbvio que não faria sentido algum reconhecer e positivar direitos fundamentais de caráter supra-individual sem disponibilizar instrumentos processuais compatíveis com o seu grau de complexidade.

Assim, constatada a lesão ou ameaça a direitos fundamentais de natureza coletiva, a Constituição brasileira disponibilizou como meios para sanar ou obstar a lesão: a ação popular, o mandado de segurança coletivo, as ações diretas de inconstitucionalidade ou constitucionalidade, a declaratória da inconstitucionalidade por omissão, a argüição de descumprimento de preceito fundamental, o hábeas corpos, o mandado de injunção, o hábeas data e a ação civil pública, entre outros.

Bem se verifica que o tempo em que vivemos consubstancia-se numa nova fase, que reconhece o processo como algo imprescindível à efetivação das garantias constitucionais.

---

[273] Hamilton Alonso Junior, op. cit., p. 196.

Sob todos os holofotes, o processo também passou a estar mais vulnerável às nuances políticas, bem como mais aberto às influências filosóficas, deixando de ser um "campo neutro ideal" - se é que um dia o foi – para se tornar, em muitos casos, em terreno movediço, tal qual o era o das normas constitucionais. Felizmente, a demanda coletiva, com seu fundamento de relevância social, pressionando a representação e colocando em "cheque" a todo instante a qualidade do bem governar, tem prevalecido[274].

Os direitos sociais fundamentais, como demonstrado, embora pertinentes a pessoas naturais, se visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, transcendem a esfera de interesses puramente individuais e passam a constituir interesses da coletividade como um todo, impondo-se a proteção por via de tutela coletiva, em razão, sobretudo, o caráter público que assume.

O direito à saúde depende, na sua atualização, da satisfação de uma série de pressupostos de índole econômica, política e jurídica; contudo, as perspectivas de realização do Estado Social não estão esgotadas e o papel da justiça constitucional não deve ficar reservado à compreensão procedimental da Constituição, assim a realização dos valores substanciais, a pretexto da juridicização da política, não podem ser negados à sociedade.

Com as devidas *vênias,* em que pese a contribuição para a ciência dogmática, a qual coopera para a operacionalidade e a funcionalidade do Direito, compreendemos que não existem pólos estanques de Direito (individual, coletivo e outras subdivisões). Todo direito é liberdade e a busca pela liberdade deve estar em todo direito.

A soma dos indivíduos forma uma sociedade e não existe sociedade sem a preservação da liberdade "do" e "no" indivíduo. Deste modo, um direito inicialmente individual pode num dado momento assumir feição coletiva, e submetido ao contexto primeiro, voltar a ser individual, sem prejuízo para os efeitos oriundos do período que era coletivo em sentido amplo. A doutrina pacificadora resolve esse dilema denominando esses direitos de "eventualmente coletivos" ou "direitos individuais homogêneos". Contudo, nada obsta que grau de complexidade reclame um tratamento difuso ou até metaindividual, fato que freqüentemente se observa em ralação ao direito à saúde, especialmente quando associado ao meio ambiente.

---

[274] Vladimir da Rocha França propõe limites à ação do Poder Judiciário quando este se depara com a contestação de um ato administrativo parcialmente formado por elementos oriundos da subjetividade do administrador (FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa:** No regime jurídico-administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 4). Trata-se mesmo da prevalência do bom senso (razoabilidade e proporção), ou seja, do compromisso de combater a toda tentativa de centralização, terreno fértil para um governo despótico.

Nesse sentido, passemos ao segundo capítulo desta monografia, no intuito de apreendermos os aspectos processuais da tutela coletiva que interessam à concretização do direito à saúde em sua dimensão transindividual.

3. ASPECTOS PROCESSUAIS RELEVANTES PARA O ESTUDO DA TUTELA COLETIVA

3.1 O contexto em que se deu a inserção do processo coletivo

Consoante informa Ada Pellegrini Grinover, o Brasil tem assumido um papel de vanguarda, entre os países de *civil law*, na criação e implementação dos processos coletivos[275]. As leis da Ação Popular (1977), a Lei 6.938 (1981, que previu a titularidade do Ministério Público para ações ambientais) e a Lei n º 7.347 (1985), introduziram o assunto no direito posto, rompendo definitivamente com a hegemonia de uma estrutura procedimental ainda inspirada nos moldes do Estado liberal. A Constituição de 1988 veio a universalizar a proteção coletiva dos interesses ou direitos transindividuais, sem qualquer limitação em relação ao objeto do processo (art. 5º, XXXV).

Para assegurar a eficácia dessa nova perspectiva constitucional, foi criado o Código de Defesa do Consumidor (1990), o qual, ao lado dos diplomas acima citados – entre outros, estabeleceu um microssistema de processo coletivo brasileiro, com o propósito de efetivar os

[275] Ada Pellegrini Grinover, **Direito processual coletivo**, p. 11.

direitos e interesses coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos), nele expressos; passando a influir diretamente no modo de ver o processo civil, até então calcado essencialmente no indivíduo.

Tornou-se cogente, a partir daí, a ruptura com verdades conceituais históricas, próprias de países fundamentalmente positivistas, como é o caso do Brasil. A necessidade de pacificação social, derivada do reclamo das coletividades, levou os juristas e filósofos brasileiros a perceberem a experiência de países que historicamente se dedicavam à resolução de conflitos de massa.

Entre essas experiências, surge o modelo norte-americano, um sistema jurídico basicamente não-codificado - misto de direito escrito e consuetudinário, com prevalência para os costumes -, como uma fonte fecunda de informação por guardar profundas semelhanças com as diretrizes do processo coletivo brasileiro, de natureza essencialmente principiológica. Fala-se então da universalização da experiência norte-americana e brasileira como vivência jurídica bem sucedida, especialmente se comparadas com a experiência da Europa continental[276].

Nessa conjuntura, assumiu relevância capital, a revisão do conteúdo jurídico dos princípios e institutos fundamentais, que servirão de norte para o processo coletivo, especialmente naquilo em que se diferenciam dos que regem o direito processual individual.

Guido Fernando Silva Soares apresentando os traços comparativos entre as duas famílias, explica que na *common law* a idéia que permeia o sistema é de que o direito não existe para ser um edifício lógico e sistemático, mas para resolver questões concretas. Neste sentido, sobressai o papel secundário da doutrina abstrata, assumindo relevância os estudos de Filosofia do Direito que privilegiam abstrações a partir de julgados (*jurisprudence*).

Contudo, isto não impediu a aproximação do modelo de processo coletivo à brasileira do sistema de direito preponderantemente não-escrito norte-americano, reside, sobretudo, no fato de que os objetivos sociais e políticos do processo, atribuíram extraordinária relevância a certos princípios, que não se prendem à dogmática jurídica ou técnica processual (próprias de países que adotam um direito que segue a linha "juspositivista"), funcionando como algo externo ao sistema processual e servido-lhe de suporte legitimador[277].

---

[276] SOARES, Guido Fernando Silva. ***Common law*: introdução ao direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 53.

[277] GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.** Coordenado por Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 11-12.

Sabendo que todos os princípios se embasam numa "plataforma comum", "descobrir" os limites de sua eficácia no processo coletivo, requer do intérprete, muitas vezes, "desconstruir" o legado jurídico, e, numa perspectiva filosófico-analítica[278], oferecer à tutela coletiva uma "versão" atualizada de acordo com as necessidades que lhes são próprias. Os

[278] **"**Filosofia analítica era, inicialmente, a filosofia que tomou como hipótese que a lógica criada por Gottlob Frege, Bertrand Russell e outros, entre o final do século XIX e o início do século XX, poderia ter conseqüências filosóficas gerais e ajudar na análise de conceitos e no esclarecimento das idéias. Um dos mais claros exemplos dessa tendência é a análise de Russell de frases contendo descrições definidas. Os primeiros filósofos analíticos foram Frege, Russell, George Edward Moore e Ludwig Wittgenstein. Na Inglaterra, com Russell e Moore, opunha-se às escolas procedentes do idealismo alemão, principalmente o hegelianismo, representado sobretudo por J.E.McTaagart e F.H.Bradley. Atualmente a filosofia analítica é a filosofia dominante nos departamentos universitários de filosofia nos países de língua inglesa, além dos países escandinavos, certos países do Leste Europeu, como a Polônia, e também Israel. Algumas vezes é entendida por oposição à filosofia continental. Entretanto, se tivermos em conta que algumas de suas raízes estão no continente europeu, e.g., com os trabalhos de Franz Brentano, e alguns dos seus seguidores (p.ex. Alexius Meinong), em torno do conceito de intencionalidade, talvez a alegada oposição seja apenas aparente. Além da referência original à lógica contemporânea, não há idéia unificadora ou dogma característico da filosofia analítica: A epistemologia e a lógica de Frege opunham-se sobretudo ao empirismo. Todavia, muitos filósofos analíticos posteriores, notadamente os positivistas lógicos e Quine, defenderam posições empiristas, e rejeitaram o racionalismo de Frege. Filósofos analíticos mais recentes, como Tyler Burge, rejeitam o empirismo, e defendem o racionalismo. Em lógica, Frege se opôs ao psicologismo de John Stuart Mill Algumas idéias atribudas a Mill - p.ex., que nomes próprios não têm o que chama *conotação* - voltaram a circular entre os filósofos analíticos. Saul Kripke, p.ex., defende uma teoria dos nomes próprios milliana, contra o alegado descritivismo do que chama "a concepção de Frege-Russell"). Russell e vários outros defenderam posições realistas. Já seu primeiro aluno e depois colega Wittgenstein parece ter sido, ao menos por algum tempo, um anti-realista. O Círculo de Viena e a filosofia da linguagem ordinária se opunham a toda e qualquer metafísica. Hoje a metafísica floresce na filosofia analítica. Até o início da década de 1950, o positivismo lógico era o principal movimento dentro da filosofia analítica. No entanto, o movimento sofreu um golpe mortal em 1951, quando Quine publicou "Dois Dogmas do Empirismo". Foi o fim do positivismo lógico. Depois disso a filosofia analítica desenvolveu-se em diversas direções: A ciência cognitiva e a filosofia da mente tomaram o lugar da lógica e da filosofia da linguagem. Há uma metafísica e mesmo uma teologia analítica. Há uma filosofia política (John Rawls). Há diversos estudos sobre ética" (caputurado de: **http://pt.wikipedia.org/wiki/Filosofia_anal%C3%ADtica**, acessado em 21.02.2008, às 18:00 hs.). Com vistas à decidibilidade dos conflitos, Tércio Sampaio Ferraz Junior, em busca das razões primeiras do direito (metafísica), propõe uma dogmática analítica como técnica capaz de identificar o "direito" e o "não-direito". Esclarece o autor: "Entendemos por *análise* procedimento que se refere, de um lado, a processo de *decomposição*: parte-se de um todo separando-o e especificando-o em suas partes. Realiza-se, nesse sentido, um exame que procede por distinções e classificações. De outro lado, análise significa também um *procedimento regressivo*, que consiste em estabelecer uma cadeia de proposições com base em uma proposição que, por suposição, resolve o problema posto, remontando às condições globais de solução, constituindo-se num sistema" (Tercio Sampaio Ferraz Junior, **Introdução ao estudo do direito...**, p. 95). (Grifos originais) É nesta perspectiva dogmático-zetética de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, de raiz heidgeriana e derrideana, que aplicamos no texto a expressão "filosófico-analítica" para a compreenssão dos princípios aplicáveis ao processo coletivo no Brasil, como modo de "atualização", apoiada na "teoria do discurso como teoria da correção prática", esta última proposta por Robert Alexy, como forma de aclarar não apenas as possibilidades, mas também os limites da racionalidade discursiva, obtidos por meio da determinação e ponderação de três elementos: 1) a decretação de acordo com a ordem, 2) a eficácia social e 3) a correção quanto ao conteúdo. Com precisão informa o autor em referência: "Quem exclusivamente direciona para a decretação de acordo com a ordem e a eficácia social, à correção quanto ao conteúdo, portanto, na definição do direito, não atribui nenhum peso, representa um conceito de direito positivista. A teoria de Hans Kelsen é, para isso, um exemplo. A famosa proposição de Kelsen: "Por isso, cada conteúdo qualquer pode ser direito" expressa isso claramente. A posição contrária mais extrema para com o positivismo jurídico representa quem define o direito exclusivamente pela sua correção quanto ao conteúdo. Um tal conceito de direito puramente jurídico-natural não é, para aquele que quer reconhecer, seguir, interpretar e aplicar o direito vigente, interessante. A questão decisiva para a adequabilidade do conceito de direito não é, por conseguinte, se a correção quanto ao conteúdo em vez da decretação de acordo com a ordem e eficácia social deve definir o direito, mas antes esta, se ela deve fazer isso ao lado delas". (Robert Alexy, **Constitucionalismo discursivo...**, p. 19-20).

valores enquanto virtude, entretanto, permanecem com o escopo inicial: a produção de justiça social; sem ter que agora, necessariamente, negar a autonomia de vontade individual, especialmente se esta não se contrapõe a outras vontades, igualmente autônomas, convergentes.

Como explicitado, profundas transformações no âmbito processual levaram à consagração da tutela coletiva de direitos igualmente coletivos. O processo que era individualista e não estava apto a resolver fenômenos de massa, assumiu novos contornos com vistas a viabilizar a tutela de direitos transindividuais.

São cada vez mais freqüentes as situações em que se configura o nascimento de direitos subjetivos que, pertencentes a um grande número de pessoas diferentes, derivam de um mesmo fundamento de fato ou de direito ou guardam, entre si, relação de afinidade em alto grau, em razão das referências jurídicas e fáticas que lhes servem de base. A sua defesa coletiva em regime de litisconsórcio ativo é, nos termos do CPC (art. 46 e seguintes), inviável do ponto de vista prático.

Por seu turno a alternativa de sujeitar cada um dos interessados a demandar individualmente é ainda mais acabrunhadora porque do ponto de vista do titular do direito, o custo que representa ir a juízo, entendido esse custo em seu sentido amplo (financeiro, emocional, profissional, social), sobretudo, se somado a isto o escasso resultado que pode advir de uma sentença de procedência.

Desenvolvem-se, portanto, experiências brasileiras no domínio das ações coletivas, destinadas a enfrentar e dar solução às controvérsias de grande dimensão subjetiva. Inspiradas nas *class actions for damages* do direito norte-americano, as ações coletivas têm, como aquelas, vertentes bem definidas.

O legislador não poderia ficar insensível às inquestionáveis vantagens que decorrem da concentração, num único ou em alguns poucos processos, da tutela de direitos individuais "semelhantes", resultantes de lesão perpetrada a grande número de indivíduos envolvidos em situação com características comuns.

Contudo, somente no último século as ações coletivas adquiriram a configuração constitucional de direitos fundamentais que têm hoje (v.g., art. 5º, inc. XXXV, LXX, LXXIII e 129, inc. III da CF).

Essencialmente duas fontes são identificadas no estudo das ações coletivas.

A ação popular em defesa das *rei sacrae* e *rei publicae,* no direito romano, é o primeiro e mais conhecido antecedente histórico das ações coletivas atuais. Já nessa altura, era atribuído ao cidadão a faculdade de agir em defesa da coisa pública motivado pelo dever

cívico que o ligava à coisa pública, não apenas em razão da relação cidadão/bem público, mas também pela profunda noção de que a República pertencia ao cidadão romano, e era seu o dever de defendê-la. Contudo, essa inteligência acerca da "coisa pública" não nasce romana, mas tem origem na democracia grega, onde, aliás, provocada a jurisdição a preocupação principal voltava-se ao mérito da demanda[279].

Por seu turno, as ações coletivas de "classes", antecedente mais próximo das atuais *class actions* norte-americanas e da evolução brasileira das ações coletivas previstas no CDC (Código de Defesa do Consumidor, Lei Federal nº 8.078/90), existem na prática judiciária anglo-saxã há pelos menos oitocentos anos (O *Writ* - Carta de João Sem Terra, 1215). Sob influência da ideologia liberal, o núcleo do sistema, nestas ações, era a "adequada representação", a qual deveria ser atestada pelo juiz. Desde então, a legitimação processual nessa tradição institucionalizou-se, adquirindo status e importância capital.

Seguramente o direito processual sofreu forte influência do liberalismo e do iluminismo. Com a difusão do método cartesiano e da lógica "ramista" (séc. XVII), na Europa continental, plasmou-se o sentimento de propriedade individual, da autonomia da vontade e do direito de agir como predicados exclusivos do titular do direito privado, único senhor do próprio destino do "direito subjetivo individual", idéia que se institucionaliza no Estado liberal e assume importância de baldrame por todo sistema; situação que, no Brasil, perdura sem sofrer muitos questionamentos até as duas últimas décadas do século XX[280].

Nessa conjuntura, apenas o titular do direito lesado podia ingressar ou não com uma demanda em juízo. Tem início a "Era dos Códigos"; projeto de controle para a sociedade que não reservou espaço ao direito supraindividual. As inquietações centravam-se tão-somente no

---

[279] Ver-se-á em uma mesma pessoa, ao mesmo tempo, o interesse em atividades privadas e públicas, e em outros entre nós que dão atenção principalmente aos negócios não se verá falta de discernimento em assuntos políticos, pois olhamos o homem alheio às atividades públicas não como alguém que cuida apenas de seus próprios interesses, mas como um inútil. A liberdade só existe quando o povo verdadeiramente exerce a soberania. Eis que "Todo homem é magistrado quando se trata de salvar a pátria". Essa liberdade só existe se for igual para todos (CÍCERO, Marco Túlio. **Da república.** Supervisão de Jair Lot Vieira. Tradução e notas de Amador Cisneiros. Bauru: EDIPRO, 1995 (Série clássicos), p. 29 e 57).

[280] "A lógica ramista remonta ao século XVI, justamente o período da apropriação pelo príncipe (mais tarde, o Estado) de todo direito, da concentração ou centralização jurídica. Naquela época, os lógicos vinham divididos em aristotélicos ou ramistas. Para La Ramée, a matemática constituía o protótipo para todas as formas de conhecimento, servido como único valor indicativo válido da atividade cognoscitiva. Também conhecido por *Petrus Ramus*, esse lógico e latinista, inventor das letras "u" e "j" para o latim moderno, escreveu um opúsculo denominado "Tudo que Aristóteles escreveu era falseado", em que afastava a validade do raciocínio retórico para a ciência (reivindicação de validade objetiva no ensino da filosofia). Assim, "o método consistia na disposição da matéria segundo uma ordem rigorosa, de forma a realizar a passagem gradual dos princípios gerais e universais para aqueles particulares" (Nicola Picardi); método, portanto, dedutivo. Foi nesse contexto que o juízo transformou-se em processo (direito legislado/controlado pelo soberano) e a argumentação dialética perdeu força nos debates judiciais, em prol da atividade de subsunção dos fatos à norma legal" (DIDIER JR., Fredie & ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil – processo coletivo.** v. 4., 2. ed., Salvador: Podium, 2007, p. 25)

indivíduo; na formação de sua personalidade, seus bens, suas relações familiares e a sucessão patrimonial, tudo acompanhado de perto pela Igreja e pelo Estado[281].

3.2 "Somatização" e positivação dos "novos" interesses: "estágios" de direitos

Norberto Bobbio desenha um processo ao qual denomina de multiplicação de direitos, por meio do qual, inquestionavelmente, percebe-se uma estreita ligação com a ciência jurídica, em especial em relação à forma de tutela e prestação jurisdicional estatal[282].

No século XX, o desenvolvimento, tanto teórico quanto prático, dos direitos do *homem* tomou duas direções: universalização e multiplicação. No que se refere à multiplicação ou proliferação de direitos, importam o aumento da quantidade de bens sujeitos à tutela, a extensão da titularidade de alguns direitos e a modificação do papel do homem em sociedade[283].

Como assegura Norberto Bobbio, o mencionado processo, serve para avaliar, dentre outras coisas, a estreita conexão existente entre mudança social e nascimento de novos direitos[284]. O autor descreve a existência de três gerações de direitos, propondo, inclusive, o reconhecimento de uma quarta geração de direitos.

No tocante aos direitos humanos a análise metodológica de sua divisão em gerações permite aproximar a sua proteção à dos interesses transindividuais. Assim, são características das gerações de direitos: 1. Primeiro estágio de direitos – dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzirem o valor liberdade, mormente relacionada ao indivíduo; 2. Segundo estágio de direitos - são aqueles direitos que privilegiam os direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos

---

[281] Sobre secularização (processo de "laicização" do Estado) conferir: BEZERRA DOS SANTOS, Fábio. **Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo: entre a heterossexualidade compulsória e a liberdade de composição familiar na Constituição de 1988**. (ainda não publicado)

[282] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação Celso Lafer. Nova Edição. 3. edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, *passim*.

[283] Robert Alexy oportunamente destaca que os direitos fundamentais, como direitos do homem transformados em direito positivo, descansam sobre uma base filosófica, no núcleo, intemporal e universal. Adverte o autor que sua institucionalização somente na história é possível e, lá, eles são objetos de lutas políticas (ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo.** Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 13).

[284] Norberto Bobbio, **A era dos direitos,** p. 68.

direitos de igualdade para os grupos[285]; 3. Terceiro estágio de direitos – marcados pela alteração da sociedade, por profundas mudanças na comunidade internacional, as relações econômico-sociais se alteram profundamente. Novos problemas e preocupações mundiais surgem, tais como a necessária noção de preservacionismo ambiental e as dificuldades para proteção dos consumidores. O ser humano encontra-se inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de "solidariedade"[286]. 4. Quarto estágio de direitos? – para o autor, a referida geração decorreria dos avanços no campo da engenharia genética, ao colocarem em risco a própria existência humana, através da manipulação do patrimônio genético[287].

---

[285] Como afirmado alhures, a primeira classe a ser contemplada em matéria de direitos sociais foi a classe trabalhadora, razão porque, todo estudo que intenta o resgate de idéias e a reconstrução de um postulado legal em sede de direitos sociais, revolve, na gênese, a matéria laboral.

[286] Nessa etapa, já se discute os direitos transindividuais de natureza metaindividual, como é o caso do direito ao meio ambiente e do seguimento consumerista, em como os direitos difusos em geral.

[287] Cumpre destacar que, com pertinência, Ingo Wolfgang Sarlet propõe a substituição do termo empregado ("geração") pelo termo "dimensão" de direitos. A proposta se funda na constatação de que, partindo-se do critério metodológico, que classifica os direitos humanos em gerações, compartilha-se do entendimento de que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade.** Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2005, *passim*). Pelo mesmo motivo, mas para além da mera interação, propomos o emprego da expressão "estágio de direitos" em substituição a "dimensão" e geração", acima propostas, no sentido de aprendizado que se consubstancia nas etapas sucessivas e somáticas do interesse humano. Essa idéia de sucessão de direitos, de evolução dos interesses, ou de agregação de direitos, impele o intérprete à percepção de "herança", ou seja, de que um direito se compõe de direitos precedentes, e de que sua compreensão requer o emprego de uma dogmática analítica, capaz de decompor e religar os institutos jurídicos, adotando esta prática como modo de pensar e aplicar o Direito. Observem que quando referimos a direitos novos, colocamos a expressão entre aspas, assim: "novos"; para lembrar que, em verdade, se trata de maximização e otimização de liberdades já conhecidas do homem, só que agora, mais complexas e, igualmente, a reclamar a segurança pro meio da positivação. Nesse sentido, já defendemos a constitucionalização do direito à internet no rol de direitos fundamentais. Neste caso, se formos colocar em prática a dogmática analítica, também defendida por Tércio Sampaio Ferraz Junior, chegaremos à conclusão que o direito postulante decorre do acesso à informação, que por sua vez liga-e ao direito à educação, que decorre do acesso à justiça, que em conjunto podem reunir condições para à concretização da inclusão social, mas que tudo isto sustem-se na idéia consagrada de cidadania. Para entender, então, o papel da cidadania na maximização das conquistas sociais, é preciso inseri-la no contexto da legitimação do fenômeno da justificação e aceitação do poder. Nessa empreitada nos deparamos com os termos legitimação e legitimidade. Sergio Cademartori é preciso em sua diferenciação. Segundo o autor, "legitimidade é o termo mais carregado de significado valorativo: quotidianamente dizer que um poder legítimo equivale a assegurar que é justo, que é merecedor de aceitação, isto é, significa atribuir-lhe uma valoração positiva". Já dizer que o poder é legitimador, "usar a palavra legitimação, implica que de fato suscita consenso. Podemos, conseqüentemente distinguir entre *legitimação-atividade* e *legitimação-produto*: a primeira indica o processo por meio do qual o poder busca reconhecimento, consenso, adesão; os meios empregados para isso podem ser múltiplos, desde a satisfação das atividades fundamentais da população ou de grupos isolados até a propagandas ou ao aspecto de *legalidade* com que se apresenta, a apelação de valores transcendentes etc. Com o termo *legitimação-produto* podemos, por outro lado, indicar a legitimação obtida, isto é, a obtenção do consenso. Trata-se, de qualquer forma, de um conceito descritivo". O autor nos presenteia com uma brilhante reflexão, que, aliás, coaduna com os arrazoamentos aqui apresentados. Vejam *in literis*: "Inobstante essa distinção, pode ocorrer uma passagem, muitas vezes inconsciente, de um nível a outro, Veja-se a passagem da legitimação-legitimidade, que é o mais freqüente: neste caso é o próprio fato da existência de um poder e de sua legitimação o que se apresenta com características positivas. É a força do existente, que, enquanto existente, requer ser valorizado positivamente pelo simples fato de existir, sobretudo quando o existente é o consenso da parte majoritária, dado que entre os primeiros de legitimidade tem-se afirmado, nas tempos atuais, aquele da vontade popular que se expressa democraticamente pelo voto paritário" (CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade:** uma abordagem garantista. 2. Ed. Campinas: Millennium, 2006, p. 117-119). (Grifos originais)

Importa, então, contextualizar o direito à saúde, enquanto direito não apenas eventualmente coletivo (individual homogêneo), em razão de sua classificação dentro do critério de relevância social[288], como um direito social que surge na segunda dimensão, mas que encontra sua maximização na dimensão da fraternidade, ou seja, terceiro estágio na escala somática de direitos, aqui proposta, podendo, portanto, chegar a ser mais do que coletivo, difuso mesmo[289].

Ratifica Paulo Bonavides ao asseverar que dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração cristalizaram-se no fim do século XX, enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado[290]. Neste sentido, Hannah Arendt assegura que primeiro têm por destinatário o "gênero humano" mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta[291].

3.3 Direito ou interesse?

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., entendem que o vocábulo "interesses" não oferece a mesma garantia que a expressão "direitos", e que seria de melhor técnica manter a expressão direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos, livres da "falsa" impressão de amplitude do vocábulo "interesses". Defendem esses autores que toda situação jurídica reconhecida em lei será direito, portanto[292].

---

[288] Como informa Hugo Nigro Mazzilli, a súmula n. 7, do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, propõe o critério da relevância social para aferição da legitimidade (interesse) do Ministério Público para promover a Ação Civil Pública, mesmo em se tratando de direitos individuais (MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público.** 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 139 e 242).

[289] Como dito, em sua gênese o direito à saúde inicialmente surge para a classe dos trabalhadores, coletivo *stricto sensu*, portanto. Progressivamente foi assumindo nos textos das constituições status de direito difuso e, por vezes, chegando a atingir tamanho grau de complexidade somente observado nos direitos metaindividuais.

[290] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 523.

[291] ARENDT, Hannah ainda destaca: "Há um profundo abismo entre aqueles que, no passado, sabiam que a Terra girava em torno do Sol, que nem a Terra nem o Sol era o centro do universo, e que haviam concluído que o homem perdera o seu lugar e a sua posição privilegiada na criação, e nós, que ainda somos, e provavelmente sempre seremos, criaturas da Terra (...)" (ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Tradução de Roberto Raposo. Posfácio de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 280-281).

[292] Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., op. cit., p. 64-65.

Para Teori Albino Zavaski, é preferível utilizar a terminologia "direito" somente quando a titularidade do interesse juridicamente protegido pertencer a um "sujeito" perfeitamente "determinável"[293].

Interesse interliga uma pessoa a um bem de vida em virtude de um determinado valor que esse bem possa apresentar para aquela pessoa. Pareceria correto, então, o entendimento de que a terminologia "direito" só poderia ser utilizada nas hipóteses onde se verificasse a "proteção" "judicial" de um "interesse" e o titular desse interesse (juridicamente protegido) fosse um "sujeito determinado", ou, na terminologia adotada pela doutrina clássica, o "indivíduo".

O estudo dos "interesses" metaindividuais, transcendentes da esfera individual do ser humano, conduziria a uma primeira (mas não definitiva) conclusão, no sentido de ser incorreta a atribuição do "status direitos" a tais interesses.

Refutamos a "teoria" que defende a impossibilidade de se atribuir subjetividade jurídica aos interesses transindividuais. Referimos, então, a "direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos". Um "novo" conteúdo para o mesmo, no qual a subjetividade diria respeito não mais apenas a um certo indivíduo mas, isto sim, seria uma subjetividade própria da condição humana, sendo, assim, vinculada ao gênero e não ao *especimen* isolado.

Destarte é possível falar em um direito subjetivo difuso, como relatamos alhures "a eficiência enquanto um direito difuso da cidadania". Não se trata, portanto, de um direito subjetivo restrito ao Poder Público, nem, tampouco, isolado aos indivíduos, mas, sim, e agora em nova amplitude, de um direito subjetivo pertencente a "todos", que virá a se tornar a tônica do processo coletivo doravante. O interesse legítimo é colocado entre o interesse simples e o direito subjetivo. Os interesse simples são marcados pela total indiferença do Poder Público.

Diferentemente, a partir do momento em que o Estado passa a tutelar, surge o chamado "interesse juridicamente protegido". Não há uma diferença essencial, e sim uma diferença em termos de intensidade quanto à proteção estatal. Assim, os estudiosos ao destacarem os interesses legítimos passaram a garantir, ao menos reflexamente, a proteção aos interesses metaindividuais ou transindividuais. A melhor solução foi o reconhecimento da transferência da condição legitimante do parâmetro da "titularidade" do direito para o binômio "relevância social do interesse/adequação do representante".

---

[293] ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo - Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, *passim*.

Interesse difuso não apresenta um vínculo jurídico básico, mas exsurge de situações de fato, de largo espectro social, cuja solução dependerá de uma opção entre várias escolhas políticas possíveis, chegando inclusive a observar que o interesse difuso apresenta uma amplitude maior em relação ao interesse legítimo.

Assim, aceitando-se a distinção entre interesses difusos e legítimos; reconhecendo-se a tendência moderna das legislações pátrias e alienígenas tutelarem juridicamente os interesses transindividuais, atribui-se a tais interesses o status de direitos subjetivos transindividuais (abrangendo aí, é claro, a sua modalidade "difusa"), mesmo diante de situações em que a sua titularidade seja indeterminada, mesmo diante de situações que não estejam expressamente previstas em lei, ou que, em tese, caracterizaria a figura do "interesse simples" desde que preenchida a condição legitimante, materializada pelo binômio relevância do interesse-representação adequada.

O autor destaca ainda que parte da doutrina classifica os interesses em três categorias distintas e autônomas: públicos, privados e metaindividuais, ou somente, para alguns, difusos. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin citado por Teori Albino Zavaski, por exemplo, prefere o gênero interesses supra-individuais e às espécies interesses público, difuso, coletivo *strictu* senso e individual homogêneo.

Teori Albino Zavaski continua a revisão bibliográfica, desta feita referenciando o expoente Rodolfo de Camargo Mancuso, o qual, por seu turno, salienta que, conquanto se possa distinguir os interesses, segundo sua dimensão subjetiva em "individuais" de um lado e "meta ou supra-individuais" de outro, fato é que, assim como os "individuais" comportam subespécies ("interesse simples ou de fato", "meras expectativas", "interesses reflexamente protegidos") assim também se passa com os "meta ou supra-individuais", que igualmente se decompõem em subtipos, enquadrados em "faixas" diversas do universo coletivo: interesses "difusos", "coletivos em sentido estrito" e "individuais homogêneos" (Lei nº 8.078/90, art. 81, I, II e III). Prefere-se, então falar em "interesses individuais" (esfera privada), "interesses públicos" (restritos ao Estado, enquanto sujeito de direito) e "interesses transindividuais (transindividuais ou supra-individuais, transcendentes da esfera individual, assumindo feições difusa, coletiva ou individual homogênea)[294].

Observamos que não existe muita paz doutrinária quando o assunto é definir essas expressões. Assim, apresentamos uma proposta que se segue de justificativas.

---

[294] O fato é que a Lei 8.078/90 (CDC) ao disciplinar igualmente, ao menos do ponto de vista prático, tornou despicienda a diferenciação entre "direitos ou interesses". Neste sentido, também é o parecer de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., op. cit., p. 64-65.

Partimos do reconhecimento que está-se a discutir liberdade, bem como o estabelecimento do acesso ao gozo de liberdade, não obstante essa seja uma verdade quase inconfessável depois de recepcionadas as ondas renovatórias de acesso à justiça, proposta por Mauro Cappelletti, conforme foi visto.

Assim, inicialmente é contemplado o indivíduo, e, numa dialética constante e circular, a idéia é compartilhada e fruída, igualmente, cada vez mais por todos, observadas as contingências factuais.

Pois bem, com o surgimento da idéia de supremacia da "coletividade", houve uma relativização do poder individual, produto do equívoco de se acreditar que a Democracia resume-se à prevalência da vontade da maioria. Como se "as maiorias" não fossem compostas de vontades e interesses individuais. Como se este (o indivíduo) estivesse disposto a aceitar sua anulação, apenas por racionalizar em si, a solidariedade. Na gênese, decorre do exclusivismo cientificista que propalou a incompatibilidade entre o organicismo e o mecanicismo. Outro engano secular.

Bem, se reconhecermos uma racionalidade que determina e é determinada por uma perspectiva antropocêntrica, e que cada homem traz em si não apenas essa idéia, mas esse sentir, ainda que inconscientemente, entenderemos que ele jamais negaria a si próprio, mas estabeleceria o consenso apenas como uma necessidade, jamais como uma virtude. E que este mesmo homem quando admitisse a sua relativização em face do coletivo, estaria apenas cada vez mais confirmando a si próprio. Vejam mais adiante as justificativas e os requisitos da tutela coletiva (economicidade, praticidade, acesso a "todos", os "fins" do Direito, segurança, inviabilidade da tutela individual etc.). Não se fala de virtudes, mas de interesses. Mesmo os valores nascem na empatia, aquela tendência para sentir o que sentiria caso estivesse na situação e circunstâncias experimentadas por outra pessoa. Compreendemos que não fosse o interesse na proteção individual, o proteção coletiva seria sempre subsidiária. Assim, reconhecer a supremacia da tutela coletiva, em verdade é reconhecer o indivíduo com centro de interesses, donde surgem os interesses e para onde regressam.

Deste modo, o transindividualismo é uma perspectiva dialética e circular do próprio indivíduo. Por isso, adotamos a expressão "transindividual" como gênero das espécies difuso, coletivo em sentido estrito e individual homogêneo, também chamado de eventualmente coletivo. Mas, entã,o o que seriam os interesses ou direitos denominados de metaindividuais? A Resposta para esta questão será apresentada no próximo capítulo, em ponto específico, quando tratarmos das categorias difuso, coletivo *stricto sensu* e individuais homogêneos.

3.4 Clóvis Beviláqua e o (breve) sepultamento das ações coletivas

Com o artigo 76 do Código de 1916, em prol de uma duvidosa pureza do sistema do direito civil, Clóvis Beviláqua se encarrega de sepultar qualquer tentativa ou esforço que inclinasse para prestações jurisdicionais não centradas no indivíduo[295].

Deste modo, foram atingidas não só a ação popular, mas toda e qualquer demanda em que o titular do direito material não fosse o indivíduo concretamente indicado. Somente na Constituição de 1934, pela primeira vez se viu expresso referimento às ações populares.

Rodolfo de Camargo Mancuso com sagacidade observa que o advento do Código Civil, em 1916, propiciou certo consenso doutrinário e até jurisprudencial, já que seu artigo 76 teria ab-rogado de vez os últimos vestígios da ação popular, na medida em que condicionava o exercício do direito de ação à existência de um "legítimo interesse econômico, ou moral" calcado no indivíduo[296].

O artigo 75 do mesmo diploma estabelecia que "a todo direito [individual] corresponde uma ação que o assegura". Como sobressai, essa regra ata a relação entre a lesão e o direito de ação, de modo a restringir o espectro do direito material ao impedir a adequação da tutela jurisdicional em seu aspecto transindividual; portanto, está assegurado o modo de vida calcado na ideologia liberal-burguesa[297].

---

[295] Rodrigo Reis Mazzei, citado por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., aponta um aspecto fundamental da evolução jurídica brasileira nas ações coletivas. Argumenta com sucesso que o artigo 76 do Código Civil de 1916 foi "geneticamente projetado" por Clóvis Beviláqua para a limpeza do sistema, noutras palavras, elaborado para purgar do direito civil, marcadamente individualista, focado no proprietário e na hegemonia do cidadão, toda possibilidade de tutela coletiva. Enfim, trata-se de deliberada intenção de extinguir as ações populares que ainda existiam no ordenamento brasileiro, a partir do direito romano. De acordo com o artigo 76 do Código de 1916, "Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral. Parágrafo único – O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família". "(...) Clóvis Beviláqua fez considerações acerca daquela Carta Magna (1934) na codificação de 1916, devendo se destacar no detalhe que interessa: 'A theoria e a classificação dos bens foram, ao de leve, attingidas pela Constituição, o que melhor se apreciará ao tratarmos do direito das coisas. No livro referente ao *factos jurídicos,* surgem as ações populares, que não tiveram entrada na codificação civil, após detido exame da sua desnecessidade. Qualquer, cidadão determina o artigo 113 nº 38 da Constituição, será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou annullação dos actos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios. Sem negar o caracter democratico dessa ressurreição, receio que nos venham dahi inconvenientes, que a bôa organização do Ministério Público evita. Para funções dessa classe, a sociedade possue órgãos adequados, que melhor as desempenham do que qualquer do povo'". (Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., op. cit., p. 26-27).

[296] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 48-55.

[297] Esse viés individualista está bem identificado na lição de Pontes de Miranda: "Direito individual está aí, pelo que pode ser *res in iudicium deducta.* Dada existência do art. 75 do Código Civil, que fez corresponder ação a todo direito, a acionabilidade processual dos direitos individuais está assegurada constitucionalmente, não só *in abstrato*, como em termos de garantia do *status quo"* (In: Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., op. cit., p. 27)

Hodiernamente, a Constituição de 1988, assegura o acesso à Justiça garantindo tanto os direitos individuais como os coletivos (*lato sensu*). Não apenas uma ação para cada direito, mas todas as ações cabíveis para assegurar a sua adequada e efetiva tutela (art. 5º, XXXV da CF).

No plano infra-constitucional, o artigo 83 do CDC (Lei Federal nº 8.078/90) e o artigo 82 do Estatuto do Idoso (Lei Federal nº 10.741/2003), entre outros novos diplomas legais, evidenciam e confirmam o imediato postulado, na medida em que, ao avesso do que regulava o artigo 75 do Código Civil de 1916 (não repetido no código civil de 2002), determinam cabíveis todas as espécies de ações (tutelas jurisdicionais processuais) capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos afirmados perante o Judiciário; noutras palavras, uma tutela jurisdicional eficiente.

Agora, de um mesmo direito material é possível abstrair várias modalidades de tutelas judiciais, ou seja, a ação não é mais "una" ou "uma". Muito pelo contrário, sua potencialidade atualmente traduz-se em diversas eficácias, desde que aptas a dar efetividade à tutela jurisdicional que se pleiteia. Desde modo, é possível ajuizar, a partir de um mesmo fato, uma ação civil pública para a tutela de um direito difuso, coletivo (*strictu sensu*) ou individual homogêneo, pleiteando, conforme o caso, a condenação genérica, uma tutela específica para retornar as coisas ao estado anterior (mandamental ou executiva) ou, ainda, o dano moral decorrente da lesão aos interesses da coletividade.

3.5 Do paradigma "atomista" do Código de Processo Civil Brasileiro ao processo não-patrimonial e à prevalência da tutela específica: disposição "molecular" da demanda coletiva

O papel da doutrina foi fundamental nessa empreitada. Sem a militância de colossais doutrinadores do direito processual brasileiro, a exemplo de José Carlos Barbosa Moreira, Nelson Nery Jr., Antonio Gidi, Ada Pellegrini Grinover, Rodolfo de Camargo Mancuso, Kazuo Watanabe, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, entre outros, a tutela processual coletiva no Brasil não seria possível. Outros trabalhos não param de surgir, alguns muito bons, como é o caso de um estudo escrito por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., os quais souberam entoar um "curso" de processo coletivo onde reúnem sistematicamente fino conhecimento acerca do tema, lançando luzes derredor dos caminhos rumo a uma novel

dogmática jurídica voltada para a operacionalização de litígios coletivos, sem perder de vista a substância mesma do direito[298]. De certo que, em matéria de processo coletivo, todos esses autores serão amplamente citados ao longo desta monografia.

Por um longo período o processo civil no Brasil adotou a ação individual como centro e base de todo o sistema[299]. O Código de 1916 materializa-se, pois, sob evidente obliqüidade privatista do processo[300].

Concomitantemente à passagem de um modo individualista e tecnicista para uma atitude totalizante no tratamento dos litígios, emerge a *summa divisio*, a qual passa a relativizar o abismo construído entre direito público e privado, evidenciando que o direito, como um todo, tende à publicização, ao desenvolvimento da pessoa humana[301], da cidadania e dos direitos sociais e coletivos.

Decorre, pois, desse fenômeno, que é preciso sobrepujar o rígido dualismo existente entre o Estado e o indivíduo, através da relativização da dicotomia interesse individual privado *versus* interesse público, empreitada que encontra oportunidade atual, especialmente, em razão de que essa clássica oposição não subsiste às realidades de uma "sociedade de massa", que, por suas relações, provoca situações de "litígios ou litigiosidade de massa" forçando o "alargamento e invocação de novos instrumentos, novos conceitos e novas estruturas" para atender às novas conformações exigidas e oferecer uma tutela adequada às novas situações e direitos[302].

Esse novo "modo de ver" o processo realçou defeitos e dificuldades de aplicação de determinados dogmas processuais às instituições de direitos com titulares indeterminados e de "litigiosidade de massa", sobretudo aquelas em que apenas um representante move a ação em benefício de um grupo ou uma coletividade.

Como visto, o embate entre o modo de tratamento "atomizado", estabelecido no artigo 6º do CPC como "técnica de fragmentação dos conflitos" e os textos integrados do CDC e da

---

[298] DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil – processo coletivo.** v. 4. 2. ed. Salvador: Podium, 2007.

[299] Somente ao titular do direito é permitido "pleitear" seu cumprimento por via da ação (art. 6º do CPC).

[300] No Código de Beviláqua é clarividente a presença das teorias "imanentista" (que provém de algo que independe de ação exterior) e "concretista" (que exprime um objeto particular, determinado e completo) da ação; teorias, aliás, que na perspectiva atual do processo coletivo que se apresentam nesta pesquisa, são, com vantagem, quase que completamente superadas pela "teoria da ação processual abstrata", a qual põe termo na polêmica, pela concepção da ação processual como direito abstrato de ação.

[301] A ciência do direito tende à universalização em todos os ramos; o Estado passa a interferir na regulação das relações entre os indivíduos, valorizado a preocupação social e, como decorrência, abandonando as "soluções marcadamente privatistas, que o direito moderno herdou dos romanos.

[302] OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. A ação coletiva de responsabilidade civil e seu alcance. In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). **Responsabilidade civil por danos a consumidores.** São Paulo: Saraiva, 1992, p. 88.

LACP que impõem um tratamento "molecular" aos conflitos coletivos *lato sensu*, já era previsto havia pelo menos um século[303].

O duelo coletivo aparece em virtude de uma especial relação entre o objeto litigioso e o agrupamento carente da prestação jurisdicional capaz de por fim ao conflito. Deste modo, atualmente, já se sabe, não é significativa a "estrutura subjetiva" do processo, mas, sim, a "matéria litigiosa nele discutida". Assim, o caráter mais acentuado nas ações coletivas é o de que existe a autorização para que, ainda que interessando a muitos sujeitos distintos, identificáveis ou não, possa ser ajuizada e conduzida por iniciativa de um único representante.

3.6 Substratos políticos e sociológicos da tutela coletiva: a tutela coletiva como "processo de interesse público" (*public law litigation*)

Em excelente discorrer George Salomão Leite lembra que o Direito é um fenômeno cultural. Sendo a Constituição Direito, também se encontra inserida nesse contexto, porquanto seja a cultura a soma de todos os objetos culturais ou a própria realidade transformada pelo ser humano. Com o aporte de Luís Recaséns Siches, George Salomão Leite informa que cultura é "o conjunto das obras que o homem faz em sua vida, os produtos de sua ação, dotados de sentido, impregnados de significação". Em breve resumo é possível inferir dessas preleções que "cultura é sinônimo de natureza bruta mais valor". Que todos os objetos culturais têm substratos reais, sejam corpóreos, sejam psíquicos. Contudo, adverte o autor que a essência destes objetos não se encontra naqueles substratos reais, mas sim no fato deles serem dotados de significado ao qual se acopla uma intencionalidade (elemento vontade ou político)[304].

---

[303] Isso ocorre porque a matéria litigiosa veiculada nas ações coletivas refere-se, geralmente, a novos direitos e a novas formas de lesão que têm uma natureza comum ou nascem de situações arquetípicas, levando à transposição de uma estrutura "atômica" para uma estrutura "molecular" do litígio (WATANABE, Kazuo. **Demandas coletivas e problemas emergentes da práxis forense. Revista de processo. São Paulo: Revista dos Tribunais**, v. 7, nº 67, jul. **/** set. 1992, p. 15.

[304] George Salomão Leite conclui que "Inexiste objeto cultural sem um valor a ele agregado. Deste modo, sendo o Direito uma realidade transformada pelo homem, ou dito de outro modo, uma manifestação objetiva do pensamento correlacionada a valores, conclui-se, conforme já afirmado, que o Direito é um fenômeno cultural, e portanto, a Constituição também o é. Mas o que vem a ser este elemento denominado "valor" que dá sentido ao Direito, mais especificamente, à Constituição? Os valores são qualidades historicamente objetivados. É a própria essência do objeto cultural". Com precisão Peces-Barba, citado pelo autor em referência, informa que os valores são guia e limite para o desenvolvimento do sistema jurídico (LEITE, George Salomão. **Interpretação constitucional e tópica jurídica.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 10-11).

Dois fundamentos, um de ordem sociológica e outro de ordem política, sobressaem das ações coletivas contemporâneas: o primeiro, de caráter eminentemente sociológico, se revela no princípio do "acesso à justiça"; e, o segundo, de natureza política judiciária, no princípio da "economia processual".

A relevância da questão política reside, especialmente, no interesse público (primário e secundário) na diminuição dos custos materiais e econômicos na prestação jurisdicional; obtidas, também, através da uniformização dos julgamentos, fator de harmonização social, prevenção de decisões contraditórias e resgate de credibilidade nos órgãos jurisdicionais e do próprio Poder Judiciário enquanto instituição republicana[305].

Do ponto de vista sociológico, está mais do que justificada a tutela coletiva em razão de que o litígio de massa propiciado pela crescente industrialização, urbanização e globalização da sociedade contemporânea, é uma realidade inconteste que reclama urgente regulação.

A prestação jurisdicional em demandas coletivas é um serviço público enraizado na "litigação de interesse público". Nas palavras de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., "servem às demandas judiciais que envolvam, para além dos interesses meramente individuais, aqueles referentes à preservação da harmonia e à realização dos objetivos constitucionais da sociedade e da comunidade"[306].

Com exatidão os autores ainda esclarecem que o entendimento proposto se refere não apenas à mera característica pública do processo enquanto elemento de atuação da vontade estatal, mas vai além ao evidenciar a defesa do interesse público primário através de demandas cíveis, inclusive no exercício de controle e efetivação de políticas públicas por meio dessa "litigação"[307].

---

[305] Outra conseqüência benéfica para as relações sociais é a maior previsibilidade e segurança jurídica decorrente do atingimento das pretensões constitucionais de uma Justiça mais célere e efetiva (EC 45 de 2004).

[306] Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., op. cit., p. 36.

[307] Como ficou bem marcado pela melhor doutrina de direito administrativo, interesse público verdadeiro é o interesse primário, de acordo com ele deverão atuar sempre os órgãos do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário. O interesse público secundário, representados nos interesses imediatos da administração pública, jamais pode desenvolver-se fora deste quadro estrito de consonância com o interesse público primário, seu legitimador e fundamento constitutivo. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello o interesse coletivo primário ou simplesmente interesse público é o complexo de interesses coletivos prevalente na sociedade, ao passo que o interesse secundário é composto pelos interesses que a Administração poderia ter como qualquer sujeito de direito, interesses subjetivos, patrimoniais, em sentido lato, na medida em que integram o patrimônio do sujeito. Cita como exemplo de interesse "secundário" da administração o de pagar o mínimo possível a seus servidores e de aumentar ao máximo os impostos, ao passo que o interesse público "primário" exige, respectivamente, que os servidores sejam pagos de modo suficiente a colocá-los em melhores condições e tornar-lhes a ação mais eficaz e não gravar os cidadãos de impostos além da certa medida (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 20. ed., rev. e atual. até a EC 48, de 10.08.2005. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 54 e seguintes).

A ampliação obtida por meio dessa compreensão abrange direitos coletivos *lato sensu* e ainda direitos individuais considerados indisponíveis em razão da presença de "interesses de ordem social e pública" no direito posto[308].

Contudo, ainda existe alguma resistência por parte de órgãos do Poder Judiciário, de modo que essa perspectiva tem levado o STF a intervir na realização de políticas públicas apenas em situações de extrema necessidade[309]. Em igual sentido tem se apresentado os julgados do STJ.

O quadro que se apresenta induz à conclusão de que, atualmente, se desenha um novo significado para as ações coletivas, o qual reclama a novel aderência da idéia de o processo coletivo rezinga o reconhecimento, amplo e inconteste, de procedimento dotado de "elevado interesse público".

Para melhor localizar essa razão Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., com o suporte de Mirjan R. Damaska, enumeram três tipos de relação entre as faces da Justiça e a autoridade estatal: a) o modelo hierárquico de autoridade, vocacionado à implementação de políticas públicas (Europa continental); b) o modelo coordenado de utilização do poder, vocacionado para a solução dos conflitos (Estados Unidos da América do Norte); e, por último, o modelo híbrido que está em formação e que parece mais indicado para realizar as tarefas de uma democracia deliberativa procedimental em uma sociedade pluralista, c) o modelo coordenado de implementação de políticas públicas. Este último arquétipo está de maneira especial

---

[308] Vejamos alguns dispositivos do nosso direito positivo: Art. 127 da CF88: "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis". Art. 227 s CF88: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, **à saúde**, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". Estatuto do Idoso, Lei Federal nº 10.741/2003: "Art. 81. Para as ações civis fundadas em interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos, consideram-se legitimados, concorrentemente: I – o Ministério Público; II – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; III – a Ordem dos Advogados do Brasil; IV – as associações..."

[309] Boletim Informativo do STF nº 410 (RE-436996): "Educação Infantil. Atendimento em creche. Dever Constitucional do Poder Público. A turma manteve decisão monocrática do Min. Celso de Mello, relator, que dera provimento a recurso extraordinário interposto pelo Ministério Púbico do Estado de São Paulo contra acórdão do Tribunal de Justiça do mesmo Estado-membro que, e ação civil pública, afirmara que matrícula de criança em creche municipal seria ato discricionário da Administração Pública – v. Informativa 407. Tendo em conta que a educação infantil representa prerrogativa Constitucional indisponível (CF, art. 208, IV), asseverou-se que essa não se expõe, em seu processo de concretização a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. (...) Por fim, ressaltou-se a possibilidade de o Poder Judiciário, excepcionalmente, determinar a implementação de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sempre que os órgãos estatais competentes descumprirem os encargos político-jurídicos, de modo a comprometer, com a sua missão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. RE 436996 AgR/SP, rel. Min. Celso de Mello, 22.11.2005". (RE-436996). Outro exemplo, bastante significativo e suficiente para indicar a tônica coletiva nos processos de interesse público, voltados para a consecução de políticas públicas, é a previsão na lei para combater a violência doméstica (Lei Federal nº 11.340/06 – art. 37).

voltado para atuação do controle e da realização de políticas públicas através do Poder Judiciário[310-311].

Como afirmado alhures, o Poder Judiciário permanecia inativo, voltado para uma justiça redistributiva nos moldes liberal, com poucas decisões em ações populares e, posteriormente, na nascente ação civil pública, que autorizavam falar em uma atividade judicial proativa no Brasil. Nesse contexto, a Constituição de 1988 criou um novo modelo, agora denominado Estado Democrático de Direito.

Chamada por muitos de "A Constituição coragem", a nova Carta Política, mas do que reconhecer expressamente uma dimensão coletiva de direitos fundamentais criou institutos para a concretização desses direitos, como o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, a argüição de descumprimento de preceito fundamental, além de desvincular o Ministério Público Federal das atividades de defesa dos interesses da União (art. 129, IX da CF/88)[312], conferir à Advocacia Geral da União a obrigação de representação das entidades estatais e subdividir as competências dos tribunais de modo a assegurar ao STF a especial competência de guarda da Constituição Federal.

Em conclusão parcial, é possível inferir de todo exposto que o alto número de interesses, bem como as particularidades das lesões invariavelmente apontam para a presença do interesse público primário nas ações coletivas. A relevância social, por certo, justifica a legitimação *ad causam* do Ministério Público que passa a ser constitucionalmente obrigado a intervir no feito; na menor das hipóteses como fiscal da lei[313]. Contudo, não deveria ser o único. Isto porque, especialmente no caso das associações civis, nada obstante a previsão legal, poucos precedentes verificam-se na "biblioteca virtual" do Superior Tribunal Justiça.

3.9 O conceito de processo coletivo no direito brasileiro

A história revela inúmeros exemplos em que certos interesses comuns foram suficientes para unir uma coletividade em torno de suas vontades. A evolução que se verifica

---

[310] Mirjan R. Damaska citado por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., op. cit., p. 40.
[311] Volver o segundo capítulo na parte que trata de serviço público.
[312] Como se sabe existe a necessária utopia de pretender um Ministério Público totalmente imparcial. Contudo, é factual que nada foge ao juízo de valor humano, e dessas contingências nem o *Ombudsman* escapa.
[313] A natureza dos bens jurídicos envolvidos (meio ambiente, relações de consumo, ordem econômica etc.), características da lesão e mesmo o elevado número de pessoas atingidas são aspectos que ressaltam a importância social dessas demandas.

no fenômeno que resultou na positivação de direitos supra-individuais reside na constatação de que desta vez os anseios populares revelam certa esperança de que uma tutela judicial como solução para os conflitos é possível. Verifica-se, portanto, uma postura de segurança íntima no sistema, paralelamente a uma expressão da indeclinável pretensão de renovação do próprio sistema, utilizando os mecanismos de que ele mesmo dispõe.

Buscando se adequar às expectativas em tela, e garantir a governabilidade, os constituintes de 1988 inseriram profundas transformações, entre as quais podemos citar: a) o deslocamento, para o início da Carta, o título que cuida dos direitos e garantias fundamentais. Dispõe o "Título II – Dos direitos e Garantias Fundamentais" e logo em seu "Capítulo I – Dos direitos e Deveres Individuais e Coletivos;" b) a inclusão dos direitos "coletivos" no rol dos "direitos fundamentais".

Nesse contexto, encontra-se inserido o "princípio da inafastabilidade do poder judiciário ou universalidade da jurisdição", renovado e ampliado (art. 5º, XXXV, da CF/88). Cumpre destacar que essa correção alcança não apenas a tutela coletiva, com a legitimação ativa de corpos intermediários da sociedade civil, como, também, da tutela de urgência, seja de provimento acautelatório ou antecipatório da tutela a ser proferida pelo julgador[314].

Verificam-se, ao tomar essas premissas como ponto inegável de partida, algumas notas essenciais ao processo coletivo: a) a legitimação para agir (adequada representação); b) a afirmação de um direito coletivo *lato sensu* no pólo ativo,ou a afirmação de um direito em face de um titular de um direito coletivo *lato sensu* (ação coletiva passiva); c) a extensão subjetiva da coisa julgada.

Já é possível, diante desses argumentos, a elaboração de um conceito de processo coletivo como aquele procedimento instaurado por ou em face de um legitimado autônomo, em que se postula um direito coletivo *lato sensu* ou se postula um direito em face de um titular de um direito coletivo *lato senso*, com o fito de obter um provimento jurisdicional que alcançará uma coletividade, um grupo ou um determinado número de pessoas[315].

---

[314] Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., op. cit., p. 43.

[315] Há procedimentos especialmente criados para servir às causas coletivas: a ação popular (Lei Federal nº 4.717/65 e a art. 5º, inc. LXXIII), a ação civil pública (Lei Federal nº 7.347/85, reconhecida constitucionalmente no art. 129, III, da CF/88), o mandado de segurança coletivo (art. 5º, inc. LXX, da CF/88) e as ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos (arts. 91 a 100 do CDC), a ação de improbidade administrativa (Lei Federal nº 8.429/1992) etc. Alguns autores defendem que também as ações de controle de constitucionalidade podem ser vistas como modalidades de tutela coletiva. Para uma determinada concepção, a ação penal condenatória é, substancialmente, uma ação coletiva. Mas é possível pensar em outros exemplos de ações penais de conteúdo coletivo, não olvidar do *habeas corpus* coletivo.

3.10 O Código de Defesa do Consumidor como microssistema de tutela dos direitos coletivos

Muitas vezes os legisladores, para garantir a efetividade de determinados diplomas normativos, recorrem a regras de natureza aparentemente distintas, e distantes umas das outras, dogmaticamente falando. A bem da verdade, como anunciado de intróito, trata-se mesmo de um exercício hermenêutico. É o que se verifica com a criação do microssistema posto pelo CDC, especialmente quando aponta regras do processo civil para concretização dos direitos ali previstos[316].

Com o fito dar efetividade ao disposto no artigo 5º, inc. XXXII, da Constituição de 1988 e do artigo 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), surge o CDC (Lei Federal nº 8.078/1990).

Trata-se de um microssistema que dispõe a matéria em seis títulos, sendo essencialmente importante, para a presente pesquisa, o Título III "Da Defesa do Consumidor em Juízo". Ali, já no artigo 81, parágrafo único, incisos I, II e III, encontra-se a previsão e os conceitos de direitos difusos, coletivos (em sentido estrito) e individuais homogêneos, regulando deste modo, um assunto até então banido do sistema pátrio.

Gigantes do processo civil brasileiro do quilate de Nelson Nery Jr., Ada Pelegrini e Kazuo Watanabe responsáveis pela elaboração do anteprojeto do CDC, levaram em consideração o problema da efetividade e da ampliação do acesso à justiça pelo consumidor. Uma nova perspectiva, mais substancialista, mas também preocupada com a segurança jurídica, determina um novo enfoque e novas técnicas paras as ações coletivas, de modo a não perder de vista a garantia do devido processo legal[317].

Analisado o título III (CDC), observa-se uma inaugural tecnologia processual, para ser aplicada tanto às ações individuais quanto às coletivas (*lato sensu*), a saber: a) a possibilidade de determinar a competência pelo domicílio do autor-consumidor (art. 101, I); b) a vedação da denunciação à lide e um novo tipo de chamamento ao processo (art. 88 e 101, II); c) a possibilidade de o consumidor valer-se de qualquer ação cabível (art. 83); d) a tutela

[316] Estes microssistemas evidenciam e caracterizam o policentrismo do direito contemporâneo, vários centro de poder e harmonização sistemática: a Constituição (prevalente), O Código civil, as leis especiais. Pensar em recodificar significa imaginar uma função residual aos Códigos que não seja fechada em si mesma, uma função que contribua para harmonização dos microssistemas com a Constituição, bem como para a preservação dos valores jurídicos comuns na elaboração de novos microssistemas. Esta ordem de idéias pode ser facilmente transportada para o CDC como atual elemento harmonizador do microssistema da tutela coletiva.

[317] GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. **Código brasileiro de defesa do consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

específica em preferência à tutela do equivalente em dinheiro (art. 84); e) a extensão subjetiva da coisa julgada em exclusivo benefício das pretensões individuais (art. 103); f) regra da legitimação (art. 82) e da dispensa de honorários advocatícios (art. 87) específicas para as ações coletivas e aperfeiçoadas em relação aos sistemas anteriores; g) regulamentação da litispendência entre a ação coletiva e a ação individual (art. 104); h) alteração e ampliação da tutela da Lei nº 7.347/85 (LACP – Lei da ação civil pública), harmonizando-a com o sistema do Código (art. 109 ao 117)[318].

O CDC ao integrar a LACP, assumiu o papel de agente unificador e harmonizador, aplicando e adequando à sistemática processual do Código de Processo Civil e da LACP para defesa de direitos coletivos *lato sensu* que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei nº 8.078/90, a qual instituiu o Código consumerista (cf. art. 21 da LACP e art. 90 do CDC).

Enfim, a disciplina comum das ações coletivas brasileiras encontra-se depositadas no Título III do CDC; que, ao menos por enquanto, tem servido como verdadeiro código brasileiro de processos coletivos.

Trata-se de algo, de certo modo, incomum, considerando que o microssistema coletivo tem sua constituição a partir de uma união "transcomunicante" de múltiplos diplomas, diferente, aliás, da maioria dos microssistemas que, em regra, sofrem interferência apenas de normas gerais[319-320].

De certo que a compreensão do microssistema jurídico coletivo deve ser larga, para que o mesmo não seja combinado apenas do CDC e da LACP, mas de todos os diplomas legislativos que guardem alguma peculiriadade com os direitos transindividuais ou coletivos *lato sensu*.

O diploma que compõe o microssistema é apto a integrar eventual lacuna nas demais normas. Unidas, inauguram um sistema especialíssimo que só admite a aplicação do CPC em caráter extremamente subsidiário, dentro de limites impostos pela racionalidade que autoriza a tutela coletiva, ou seja, quando não houver qualquer esboço de solução nas normas que

---

[318] Outras regras de processo, situadas fora do Título III, também foram alteradas, *v.g.,* a inversão do ônus da prova em favor do consumidor quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente (art. 6º, inc. VIII).

[319] Por exemplo, a Lei nº 8.245/91 (exemplo de diploma extravagante nas relações entre locador e o inquilino de imóveis) possui diálogo com o Código Civil, Código de Processo Civil e, obviamente, a Constituição Federal.

[320] As leis que formam esse conjunto de regulação ímpar, sem exceção, interpenetram-se e subsidiam-se, devendo, o interprete aferir – em concreto – a eventual incompatibilidade e a especificidade de cada norma coletiva em relação aos demais diplomas, com aplicação apenas residual do CPC, em razão da sua dicção, repita-se, individual.

integram o sistema coletivo e quando a solução encontrada no CPC não colidir com a sistemática que se apresenta[321].

Com precisão Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. apresentam o caminho a ser percorrido na busca por solucionar um problema de processo coletivo em uma ação civil pública: a) buscar resposta no diploma peculiar da ACP (Lei Federal nº 7.347/1985). Não sendo encontrada a solução ou sendo ela insatisfatória: b) buscar no Título III do CDC (Código Brasileiro de Processos Coletivos). Não havendo solução para o problema: c) buscar, nos demais diplomas de natureza coletiva, identificar a "razão" do processo coletivo para melhor resolver a questão[322]. "Podemos referir, entre muitas hipóteses, três situações passíveis de demonstrar a unidade de tratamento: a) efeitos em que a apelação é recebida nos processos coletivos (art. 14 da LACP); b) conceito de direitos coletivos *lato sensu* (direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, art. 82 do CDC); c) possibilidade de execução por desconto em folha de pagamento (art. 14, § 3º da LAP)"[323].

3.11 As *class actions* (modelo norte-americano e brasileiro) e o *Verbandsklage*

O primeiro paradigma a ser abordado é o da *Verbandsklage* alemã, muito utilizado na Europa-Continental – excetuando os países escandinavos. O segundo é o paradigma das *class actions* norte-americanas, largamente disseminado em países como o Canadá e o Brasil, mas também em países da Europa-continental como a Suécia, por exemplo[324].

Nesse sentido, Louis Favoreu, informa que o desenvolvimento da justiça constitucional foi, sem dúvidas, o acontecimento mais importante do Direito constitucional

---

[321] A recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aponta para esta direção em reiterados votos do eminente Min. Luiz Fux: "A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e o do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se (...)" (STJ – RESP nº 510. 150/MA, 1ª T; Rel. Min. Luiz Fux, j. 17.2.2004, DJU, de 29.3.2004, p. 173).

[322] Sob o subtítulo "Busca da razão possível", Luis Roberto Barroso lembra que "A razão não é fruto de um exercício da liberdade de ser pensar e criar, mas prisioneira da ideologia, um conjunto de valores introjetados e imperceptíveis que condicionam o pensamento, independentemente da vontade" (BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva.** Coordenado por Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 23-59).

[323] Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., op. cit., p. 53.

[324] Michele Taruffo defendeu a existência de dois modelsos de tutela jurisdicioanl dos direitos coletivos (TARUFFO, Michele. **Modelli di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi.** In: LANFRANCHI, Lucio. *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffussi.* Torino: Giappichelli, 2003, p. 53-66).

europeu da segunda metade do século XX. Hodiernamente, não se concebe mais um sistema constitucional que não dê lugar a essa instituição e, na Europa, todas as novas Constituições prevêem a existência de uma Corte Constitucional. Todavia, ainda que a maior parte das Cortes Constitucionais situem-se efetivamente na Europa continental, esta nova forma de justiça constitucional penetrou na América Latina, Ásia e África. O autor com precisão destaca que "se existe um "modelo europeu" de justiça constitucional, como há um "modelo estadunidense", é evidente que esses dois modelos podem ser aplicados em outros sistemas além daqueles que lhe deram origem"[325].

Pinto Ferreira destaca que a ACP relembra o perfil histórico do processo romano, onde surgiram as *actiones populares*, mas cita também as *class actions* do direito norte-americano, como outra fonte[326].

Contudo, o modelo das *class actions* o que tem reconhecidamente maior influência e difusão nos ordenamentos que adota as demandas coletivas, razão porque dispensaremos maior importância ao seu estudo.

Alicerçado na perspectiva individual do processo, esse paradigma ítalo-francês-alemão apresenta dificuldades em acolher a tutela de interesses supra-individuais, sobretudo, em razão de apoiar-se no postulado da inexorabilidade do interesse direto e pessoal no objeto da demanda. Agrava a situação o fato de não existir uma filosofia comum capaz de orientar uma alteração no ponto de vista, o que não ocorre no caso das *class actions*, onde essa filosofia está bem presente[327]. Contudo, a pressão social por uma tutela específica para direitos massificados, nada obstante ainda situado num platô liberal (individualista), determinou algumas adaptações no processo.

O caráter distintivo deste modelo em relação ao modelo alemão reside, sobretudo, no caráter pragmático, voltado para a proteção integral do direito. Noutras palavras, a

---

[325] FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais.** Introdução de Cláudia Toledo e Luiz Moreira. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004, p. 15.

[326] FERREIRA, Pinto. Os instrumentos processuais protetores dos direitos humanos. In: **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva.** Coordenado por Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 600.

[327] Não se verifica na Alemanha instrumentos adequados de tutela coletiva, e até mesmo na doutrina existe divergência em relação à adoção ou não de tipos de tutela coletiva (Joaquín Silgueiro Estagnan citado por Gregório Assagra de Almeida (ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito processual coletivo brasileiro:** um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 115-116). Aluísio de Castro Mendes ressalva, entretanto, que: "O tema da tutela coletiva vem despertando grande interesse nos juristas alemães, tanto no âmbito interno como no externo, valendo notar, em especial, a quantidade e a qualidade de trabalhos voltados para o estudo do assunto no direito comparado, com enfoque no modelo americano das *class actions,* e o recente debate relacionado com a incorporação, na legislação local, das diretrizes da União Européia atinente à tutela inibitória coletiva" (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 123).

preocupação volta-se com mais intensidade para o fim colimado pelo direito, do que para o meio com que se espera atingi-lo.

São características que se verificam nessa perspectiva: a) a legitimação do indivíduo ou do grupo, particularmente caracterizada a partir de 1966 (América do Norte) pela presença do forte controle judicial da "adequada representação"; b) a extensão dos efeitos da coisa julgada quer beneficiando quer prejudicando o grupo (neste caso, especialmente, quando o magistrado julga improcedente a demanda); ressalvado, com efeito, c) o "direito de colocar-se à salvo" da coisa julgada[328].

Outro aspecto que merece destaque nesse paradigma diz respeito aos amplos poderes do magistrado, característica que torna clara a distinção entre o modelo tradicional de litígio (vinculado predominantemente a atividade das partes e a uma radical neutralidade judicial) e o processo civil de "ligação pública".

3.12 Aspectos e requisitos relevantes comuns das *class actions* americanas

A tutela processual dos direitos transindividuais dá-se através de ações coletivas. A análise dos objetivos das ações coletivas é possível sob três aspectos: economia processual, acesso à justiça e aplicação do direito.

Alguns requisitos devem ser observados para a propositura da ação coletiva: a) o grupo titular do direito violado seja tão numeroso que o litisconsórcio seja impraticável; b) exista uma questão comum, de fato ou de direito, unindo as pessoas interessadas em um grupo mais ou menos uniforme; c) o representante tenha as mesmas pretensões dos demais membros do grupo, sendo um representante típico dos interesses do grupo; d) o autor represente adequadamente os interesses dos demais membros do grupo[329].

Hipóteses de cabimento que autorizam a propositura da ação coletiva, que somente poderá prosperar se a situação fática (o conflito coletivo) se subsumir em uma das três amplas categorias previstas na lei, todas relacionadas aos conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

---

[328] Se o membro da classe entender mais vantajoso fazer valer seu direito como uma ação individual, ele tem o direito de "sair" do grupo ou classe comunicando ao legitimado que não pretende ser representado na demanda coletiva. Essa mesma ordem de raciocínio garante o direito de intervir (Michele Taruffo, op. cit., p. 60).

[329] GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos** – As ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 15.

Aspectos procedimentais: a) fase de certificação da ação coletiva; b) a notificação dos membros do grupo; c) o papel do representante e do advogado do grupo; d) o grupo titular do direito violado; e) o regime da coisa julgada coletiva; f) a extinção e a realização de acordos; g) os honorários advocatícios; h) a ação coletiva passiva[330].

Conforme estudaremos no próximo capítulo, exceto alguns pormenores técnicos, como a legitimidade para agir e a coisa julgada, não há diferenças substanciais entre as ações coletivas brasileiras e americanas. O abismo existente entre ambos os sistemas no que se refere à tutela coletiva dos direitos é conseqüência das diferenças existentes entre o direito, o processo civil e o sistema político, social e econômico do Brasil e dos Estados Unidos.

Como obtusamos no término capítulo precedente, a ideologia jurídica dominante nos sistemas de *common law* é avessa a abstrações e extremamente tolerante com a desordem e a incoerência lógica do sistema, como um preço a ser pago pela possibilidade de realizar uma justiça individualizada em cada caso apreciado. O resultado é um sistema extremamente complexo – tão complexo quanto as relações sociais existentes – que não se presta a generalizações e sistematizações fáceis.

As normas processuais americanas são redigidas em uma linguagem desconcertantemente ampla, deixando uma larga margem de discricionariedade ao juiz de primeiro grau. Essa flexibilidade é a marca registrada do direito americano e permite ao juiz adaptar o processo às peculiaridades de cada caso. Por um lado, isso faz o direito processual americano extremamente sensível às circunstâncias de cada caso concreto e essa pode ser considerada a razão do sucesso das ações coletivas. Por outro lado, pode deixar as partes reféns das convicções pessoais de cada juiz.

Em muitos casos, é extremamente difícil satisfazer a expectativa do jurista de *civil law* de saber qual o direito aplicável, ou como um juiz de *common law* decidiria uma determinada questão. Ademais, os questionamentos que interessam ao jurista de *civil law* não são necessariamente os mesmos que ocorrem no sistema de *common law*. O segredo está, portanto, em não somente buscar as respostas que queremos ter, mas também se familiarizar com as perguntas que precisamos fazer.

É quase impossível criar regras gerais e abstratas, antes que a mesma questão tenha sido apreciada em uma decisão judicial por um tribunal superior. Tudo vai depender das peculiaridades dos fatos do caso concreto e dos precedentes aplicáveis em uma proporção

[330] Antoni Gidi, ibid., p. 16.

muito acentuada. Não há resposta única para várias questões e para outras não há qualquer resposta.

O que se perde em capacidade de sistematização e generalização ganha-se em flexibilidade, adaptabilidade e praticidade. Privada de código abrangente, a doutrina americana simplesmente não tem oportunidade de perder-se na análise de problemas abstratos ou meramente teóricos criados em laboratórios por professores-filosófos. Por definição e por predisposição, a doutrina nos países de *common law* estuda apenas problemas que realmente aconteceram na prática. Os juristas americanos que reclamam de um distanciamento entre a teoria e a prática realmente não conhecem a tradição formalística do direito continental europeu.

Como o legislador e o Judiciário também não estão vinculados a abstrações jurídicas artificialmente criadas, o direito positivo não limita as relações sociais. Ao contrário, são as relações sociais que forjam a construção do direito. Consequentemente, o direito está em constante evolução. Ao contrário da que acontece na tradição jurídica de *civil law*, em que a autoridade de uma obra tem relação direta com sua idade, nos Estados Unidos raramente citam-se artigos escritos há mais de cinco anos ou dez anos. O juiz de *common law* está vinculado apenas aos precedentes gerados pelos tribunais que lhe são diretamente superiores.

Tanto nos sistemas de origem inglesa quanto naqueles de influência germânico-francesa, o fato é que atualmente seria impossível enumerar todas as possibilidades de aplicação das ações coletivas, considerando as vicissitudes dos direitos transindividuais[331]. Contudo, algumas classificações subsistem. Há ações coletivas de responsabilidade civil em massa e as ações coletivas em tutela de liberdades públicas e direitos civis. Há as ações coletivas de consumo e as ações coletivas em tutela de violações das leis antitruste. Há ações coletivas indenizatórias e ações coletivas de obrigação de fazer e não fazer. Há ações coletivas em tutela de direitos privados e em tutela de direitos públicos. Há ações coletivas de pequenas causas e ações coletivas cujas pretensões individuais dos membros do grupo são economicamente viáveis através de ações individuais. Há ações coletivas em proteção ao mercado de valores e as ações coletivas ambientais. Há as ações coletivas ativas e as ações coletivas passivas.

---

[331] René David adverte que o direito inglês não pode se compreendido, em sua oposição ao direito francês, se não levarmos em conta a maneira diferente pela qual os dois sistemas jurídicos foram elaborados e se desenvolveram na história. O principal acontecimento que marcou o direito francês é a importância que tiveram, os estudos do direito romano no período compreendido entre os séculos XIII e XVIII. Em França, os tribunais continuaram a aplicar os costumes, mas sua maneira de interpretá-los foi fortemente influenciada pelo direito erudito das universidades. (DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 1). Atualmente, já se sabe a proporção e o bom senso são sempre o melhor caminho.

Ao redor de cada tipo de ação coletiva gravitam considerações práticas, políticas, econômicas e sociais diferentes, que influenciam sobremaneira a interpretação e a reação do Judiciário e do público. Todo tipo de ação coletiva possui características próprias, de modo que o que é válido para uma pode não para outra. Tal complexidade dificulta ainda mais qualquer espécie de generalização e sistematização. Noutras palavras, a forma positivista pode comprometer o fim da ordem em situações que envolvam direito material cuja titularidade transpassa a órbita individual.

Hodiernamente existe acalorada disputa na doutrina americana acerca do melhor modo de resolver essa dificuldade, em face das diferentes necessidades do direito substancial. Muitos estudiosos chegam a apontar a necessidade de regular diferentemente os diversos tipos de ações coletivas, prevendo uma disciplina processual específica para cada ramo do direito ou tipo de situação. Aliás, fato que já se verifica nos países da *civil law* como conseqüência de sua filosofia positivista. Outros doutrinadores, ao contrário, sustentam a necessidade de uma norma processual única, de natureza transubstancial, válida em todos os ramos do direito material, como é o caso, por exemplo, de Ada Pelegrini Grinover em solo nacional[332].

É lição de Ludwig Wittgenstein que os limites do universo humano coincidem com os limites de sua linguagem[333]. Deste modo, direito é linguagem e a linguagem é o exato limite do direito. É fato que o direito é naturalmente inadequado para exprimir idéias, conceitos e institutos inexistentes em nosso sistema. De modo genérico, nem o nosso direito pode ir além do que a nossa linguagem o permite nem a nossa linguagem pode ir além da realidade apresentada pelo direito. Para que haja evolução, ambos devem se desenvolver dialeticamente, sem perder de vista as problemáticas que decorrem da idéia de auto-referência sistêmica [334].

---

[332] A autora foi uma das primeiras autoridades acadêmicas a efetivamente defender a idéia de um código de processo coletivo nos termos em que atualmente se discute a sua viabilidade. Mais adiante será mais bem abordada a bibliografia de Ada Pelegrini Grinover no que tange ao ante-projeto do código em exame.

[333] "As palavras devem referir-se apenas às sensações que o falante pode saber" (WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Coleção "Os pensadores". Tradução de José Carlos Bruni. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 94).

[334] Essa percepção dialética foi pioneiramente noticiada por Hegel. José Engrácia Antunes em prefácio a obra de Gunther Teubner, oportunamente destaca que num tempo caracterizado pela fragmentação da soberania política, pela obscuridade dos conceitos de direito natural, e pela frustração do Estado-Providência, não admira que vários juristas tenham procurado averiguar das potencialidades explicativas da hipótese autopoiética (circularidade) no domínio do próprio direito. Informa o autor que o atual debate em curso na filosofia e teoria do direito parece dominado por um impasse: de um lado, as teorias analítico-formalistas (de que a "Teoria Pura" ainda é paradigma), centradas que estão exclusivamente na positividade do direito, facilmente se alheiam da relação entre o direito e a sociedade; do outro, as teorias sociológicas, tendo perscrutado exaustivamente todo o tipo de interações sociais do direito, não sucederam ainda, porém, a fazer justiça à respectiva autonomia. Neste estado de coisas, a teoria da autopoise surge como uma espécie de "ovo de Colombo", capaz de oferecer ao direito a possibilidade de ultrapassar a falsa alternativa entre um sistema normativo autônomo ou um sistema decisional socialmente condicionado. Contudo, adverte que "a idéia de auto-referência implica assim que a unidade de um

Notório que no *common law* a imprecisão de linguagem se reflete numa maior flexibilidade prática para o aplicador do direito e uma preocupação maior com a justiça do caso concreto. A despeito de uma suposta coerência científica da disciplina processual, tal característica não camufla de modo algum a preocupação com as conseqüências sociais e econômicas de cada decisão; antes pelo contrário, o sistema do *common law* tem caráter assumidamente político.

A experiência da *class action* americana representa mesmo uma oportunidade para conhecer uma forma diferente de pensar o processo, livre de abstrações e formalidades estéreis. Esse aspecto no direito alemão, por exemplo, é bastante semelhante ao nosso.

A técnica de análise das questões jurídicas é completamente diferente no sistema americano: deixa de fundar-se em princípios abstratos e imutáveis, para identificar a especificidade fática do caso concreto, o substrato político de cada solução pragmática, para, então, fundamentar a decisão.

3.13.1 Objetivos

Inúmeros objetivos podem surgir a partir da vivência de uma metodologia para a tutela coletiva dos direitos transindividuais, os podem ser classificados em três grandes grupos: economia processual, acesso à justiça e aplicação voluntária e autoritativa do direito material.

Objetivos secundários também podem ser atribuídos às ações coletivas, como, por exemplo, a eliminação do risco de decisões contraditórias, que prejudiquem terceiros ou que condenem a parte contrária a realizar obrigações contraditórias.

3.13.2 Economia Processual

---

sistema e a diferença entre sistema-meio envolvente nunca pode ser apreendida por um observador externo, mas é sempre um produto interno do próprio sistema, a partir do processo de (auto-)observação do seu específico processo de auto-referência – desse modo, crendo Luhmann poder resolver o problema que Hegel em vão tentou solucionar dialeticamente" (TEUBNER, Günther. **O direito como sistema autopoiético.** Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. xvii-xx). Em verdade, a idéia de dialeticidade (tese – síntese – antítese) decore de uma lógica binária, comprovadamente insuficiente para as aplicações humanas, as quais requerem uma lógica deôntica - ou a lógica do razoável, do mais ou menos, a lógica da terceira via.

O mais evidente dos objetivos das ações coletivas é o de proporcionar eficiência e economia processual, ao permitir que inúmeras ações individuais em tutela de uma mesma controvérsia sejam substituídas por uma única ação coletiva. Desta maneira se consegue "atingir economia de tempo, esforço e despesas e a promover uniformidade das decisões entre pessoas em situação semelhante, sem sacrifício da justiça processual ou formação de outros resultados indesejáveis"[335]. A economia de tempo e dinheiro beneficia não apenas a parte autora, mas também o próprio Estado e até mesmo o réu. No caso americano, a tendência de serem extintas por meio de acordo, potencializa ainda mais a economia alcançada[336].

3.13.3 Acesso à justiça

Não são poucos os exemplos no plano do *ser* que, embora um direito exista no plano teórico, lá não se efetiva. Quando isto ocorre deve existir um meio de acesso à ordem jurídica que seja justa de fato. Contudo, por um longo período, direitos de natureza "trans" padeceram com a inexistência de instrumentos eficazes para fazer valer em juízo, sobretudo em razão do histórico caráter individual do processo. Diante da fundamentalidade do acesso à ordem justa, e como única forma de impedir a injustiça, impôs-se, por meio da percepção de uma técnica eficiente de controle social, a elaboração de instrumentos adaptados às particularidades dos conflitos coletivos.

Pequenas lesões financeiras causam pouca repercussão se analisadas em seu aspecto individual. Também o dispêndio financeiro de cada processo desestimula a busca pela prestação jurisdicional. Soma-se a estes obstáculos o evidente desgaste causado ao longo de uma ação. Na maioria dos casos, nem mesmo um tribunal de pequenas causas é alternativa economicamente viável. No Brasil a experiência com esses tribunais foi motivada

---

[335] Antonio Gidi, op. cit., p. 26.

[336] Antonio Gidi adverte que a economia obtida nas ações coletivas, porém, tem um aspecto negativo e socialmente indesejável. Se por um lado viabiliza a tutela de um grande número de interesses individuais em uma única ação, a um custo apenas marginalmente superior ao de um a ação individual, a sentença coletiva tem um valor geometricamente superior ao de uma ação individual, a sentença coletiva tem um valor geometricamente potencializado, de acordo com o número de membros do grupo. "A desproporção entre o baixo custo do processo e o alto valor da sentença faz com que mesmo uma ação com pequena possibilidade de vitória seja economicamente viável para o grupo e extremamente perigosa para o réu. A situação de desigualdade persiste, mas agora de forma invertida". A parte antes opressora passa agora a ser oprimida. "Essa desproporção existente entre os interesses em jogo do grupo e os riscos para o réu está na base dos abusos existentes na prática das ações coletivas americanas, mas decorre da própria natureza das coisas e não pode ser evitada" (op. cit., pp. 28-29).

especialmente pela necessidade de celeridade e de concretização do acesso à prestação jurisdicional. Bem assim, ainda que o indivíduo lesado saia vitorioso no litígio, esse resultado não obrigará nem terá o condão de fazer a ré alterar a sua conduta perante os demais membros do grupo, até porque uma vitória assim é tão significativa para o responsável pelo dano quanto uma gota de água é para o rio Amazonas.

Como se vê tudo contribui para inviabilidade do acesso à justiça em lesões dessa natureza quando perpetradas contra as massas se adotarmos o paradigma clássico do processo. Então, a perspectiva de tutela coletiva de direitos transindividuais surge como uma luz em meio à escuridão em que se encontravam tantas expectativas frustradas.

Tal conjuntura é invertida quando centenas ou milhares de pessoas em uma mesma situação podem se reunir com o objetivo de combater uma injustiça coletiva através de um único processo e de uma única sentença, que obrigue todos os interessados. A composição coletiva é, decididamente, um momento em que o grupo lesado e o réu se encontram em posição de igualdade.

Em situações que envolvessem uma ordem contra a violação de um direito indivisível, todos os membros deveriam, em tese, ser chamado a fazer parte do processo, de modo que fosse possível conhecer a totalidade do litígio.

Se a quantidades de pessoas lesadas fosse grande demais, de modo a tornar inviável o litisconsórcio em uma única ação, a tutela da pretensão coletiva indivisível seria impraticável, não fosse a possibilidade de uma delas representar o interesse das demais.

É inegável a importância da tutela coletiva em circunstâncias que ocorram condutas ilícitas realizadas em larga escala, quando atinge bens juridicamente protegidos de um grande grupo de pessoas de maneira semelhante. A transgressão em massa é bastante comum numa economia globalizada, onde uma simples decisão pode molestar milhares ou milhões de pessoas, especialmente nas áreas do consumidor, antitruste e mercado de valores.

Diante da evidente desigualdade entre o indivíduo membro do grupo lesado e a empresa violadora, em termos de informação, organização e capacidade financeira, negar a tutela coletiva de direitos nesses casos, implica em negar o próprio acesso à justiça que, aliás, é um dos pilares mor do Estado contemporâneo.

Outro aspecto interessante consiste no fato de que não apenas os custos processuais serão proporcionalmente divididos entre os membros do grupo, como também o alto valor dos honorários motivam os advogados competentes a aceitarem e até a financiarem a causa.

Como já possível inferir, a ação coletiva também pode proporcionar a proteção de interesses de pessoas hipossuficientes, que sequer sabiam que seus direitos haviam sido

violados ou não possuíam iniciativa, independência ou organização necessárias para fazê-los valer em juízo. Incluem-se nesse rol: crianças, deficientes físicos ou mentais, pessoas pobres ou de pouca educação ou simplesmente ignorantes dos fatos ou dos seus direitos inerentes a sua pessoa.

Importa destacar que a ação coletiva também pode ser utilizada por minorias oprimidas da sociedade, que, em razão mesmo de serem minorias, não têm acesso às instituições representativas do regime democrático, como negros, mulheres e homossexuais[337].

Como se observa, o processo coletivo é uma das vias que o cidadão comum tem de modificar em seu favor o estado de coisas, restabelecendo o equilíbrio entre o indivíduo e as instituições que o oprimem, como o governo e as grandes empresas, ao passo que proporciona um combate em igualdade de condições, criando um ambiente propício para uma efetiva negociação dos interesses em conflito. Sim, porque apenas dizer que o escopo da tutela coletiva é proteger a parte mais fraca no conflito, não somente motiva uma discussão baseada em argumentos emotivos, como constitui um equívoco. Por assim dizer, o verdadeiro objetivo da tutela coletiva é adaptar o processo de modo a espelhar melhor a realidade da controvérsia em exame. A partir daí, a conquista ou o restabelecimento da igualdade entre as partes é mera conseqüência. Nesse sentido, a ação coletiva seria nada menos que um instrumento processual para compor um litígio coletivo de maneira coletiva.

3.13.4 Concretização do direito material

O terceiro objetivo buscado pela tutela coletiva dos direitos remonta à idéia central do presente trabalho, o qual privilegia substancialmente a concretização do direito à saúde. Trata-se mesmo de tornar efetivo o direito material e promover as políticas públicas do Estado. Eis, pois o único objetivo das ações coletivas: o acesso à justiça não é um fim em si mesmo, mas tão somente mera conseqüência[338].

---

[337] Essas ações ficaram conhecidas aqui no Brasil como "ações afirmativas". Trata-se de um meio alternativo para aqueles grupos que não podem fazer valer o seu interesse através das urnas. Deste modo, as ações coletivas, combinadas com outros instrumentos políticos, podem funcionar como instrumento catalisador de uma profunda transformação social.

[338] Como discorrido alhures, vislumbra-se, então, um momento de "razão utilitarista".

É possível alcançar esse resultado de duas maneiras. A primeira consiste na realização autoritativa da justiça no caso concreto de ilícito coletivo, corrigindo de forma coletiva o ilícito coletivamente causado. A segunda consiste no desestímulo à prática de condutas ilícitas coletivas, por meio da sua efetiva punição. Numa posição intermediária, entre compensação e prevenção, está o cumprimento voluntário através da ameaça de realização autoritativa: os acordos coletivos[339].

3.13.5 Representação adequada

Com brilhantismo Marcelo Abelha enumera os seguintes aspectos relevantes das *class actions* norte-americanas que também importam à procedibilidade da ação civil pública: representação adequada, publicidade, certificação e execução.

A adequada representação (alínea A4, *Federal Rule* 23), é um requisito importante, sobretudo, em razão dos efeitos transcendentes da coisa julgada[340]. Suscita-se o desrespeito ao sagrado devido processo legal (ampla defesa e contraditório) para aquelas pessoas que não participaram do processo coletivo que foi dirigido e impulsionado por um representante. Por esse motivo, bem observa o autor, que é muito importante que o representante seja aceito pelas pessoas que representa[341].

3.13.6 Publicidade

Natural que este requisito esteja intimamente ligado ao da "representação adequada" porque para que as pessoas aceitem a representação é preciso que antes sejam informadas para

---

[339] Antonio Gidi, op. cit., p. 33.

[340] Antonio Gidi destaca que uma ação coletiva somente poderá ser conduzida se estiverem presentes todos os requisitos a seguir elencados: 1) o grupo deve ser tão numeroso que o litisconsórcio seja impraticável; 2) questões de fato ou de direito comuns a todos os membros da classe; 3) representação adequada. (op. cit. p. 67).

[341] ABELHA, Marcelo. **Ação civil pública e meio ambiente.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 27-28.

que avaliem a possibilidade de exercício do contraditório e a submissão aos efeitos da coisa julgada[342]. Nisso reside a sua indispensabilidade.

Assim que notificados, podem, no prazo assinalado, requerer sua exclusão da classe; caso contrário, serão obrigados a se submeterem aos efeitos da coisa julgada. Quaisquer destes que não requererem a exclusão poderá intervir no processo por meio de seu advogado.

3.13.7 Certificação

Trata-se de um ato discricionário do magistrado das *class actions*, consubstanciado na verificação da feição coletiva da demanda. Uma nova corrente vem entendendo ser cabível recurso desse ato do juiz, sob o argumento de que se trata de uma decisão interlocutória, considerando que em sendo negada a certificação, segue a demanda individual. O momento da certificação é a primeira oportunidade oferecida ao magistrado depois do ajuizamento. Importa destacar que é possível a concessão de certificação para certas questões da demanda; e mesmo que seja subdividida em várias outras, que serão tratadas autonomamente (*Rule* 23, c4).

3.13.8 Execução

Em se tratando de decisões mandamentais não há maiores problemas para efetivação da decisão oriunda das *class actions*. Por outro lado, em se tratando de execuções de

[342] De acordo com o artigo 91 e seguintes do CDC, ao contrário do que ocorre no sistema norte-americano, estabelece que deve ser publicado um edital para que, no prazo previsto nos artigos 94 e 103, parágrafos, e 104, possam os interessados optar pela adesão ou não à demanda coletiva. O que difere do sistema norte-americano é que aqui no Brasil há a regra de que a coisa julgada proferida nessas demandas de direitos individuais homogêneos só vale para o membro da classe se a decisão for favorável, salvo se interveio como litisconsorte ou então optou por prosseguir com a sua demanda individual. Fervorosa crítica à regra da "intervenção como litisconsorte" é a que alude o artigo 94 do CDC. Ao contrário do direito norte-americano, onde o representante só é adequado porque persegue direito seu, no sistema brasileiro, em se tratando de uma demanda coletiva para a defesa de direito individual homogêneo, onde se terá uma condenação genérica, e, mais, onde apenas são deduzidos em juízo aspectos comuns e homogêneos dos direitos individuais, não faz qualquer sentido a possibilidade de intervenção do indivíduo para atuar como litisconsorte, porque não poderá acrescentar nada de pessoal ou específico de seu direito à demanda proposta, sob pena de desnaturá-la e inviabilizar esta modalidade de tutela (Marcelo Abelha, op. cit., pp. 29-30).

sentenças condenatórias de reparação de danos causados, surgem muitos problemas, sobretudo no que se refere à quantificação dos danos.

Nessas situações três etapas são relevantes para apuração do dano: a) apuração da responsabilidade do réu; b) apuração do *quantum* devido; c) justa distribuição do montante. Com um único julgado é possível seguir esse itinerário, observando a possibilidade de pequenos julgados referentes a prejuízos específicos de cada pessoa.

3.14 Universalização da experiência norte-americana e brasileira

Como afirmado alhures, existe uma tendência mundial para a universalização do direito em geral. Sendo melhor avaliado, o modelo das *class actions*, tem acompanahdo essa tendência de universalização, sendo difundido entre os ordenamentos jurídicos do *common law* e do *civil law.*

A experiência de tutela coletiva brasileiro contribui sensivelmente na passagem das normas abertas do direito norte-americano para os ordenamentos de *civil law.* Assuntos relevantes como a determinação do conceito de direitos coletivos *lato sensu,* a disciplina peculiar da representação e a extensão da coisa julgada *secundum eventum litis* ou *secundum eventum probationis* são características do direito brasileiro que se repetem nos projetos para harmonização das regras sobre processos coletivos[343-344].

3.15 Eficácia dos princípios aplicáveis à tutela coletiva no Brasil

Durante mais de uma década se discutiu intensamente na teoria jurídica acerca da distinção entre normas, princípios e regras. Na opinião contrastante, os princípios só proporcionam bases ou critérios para a decisão. Por esta razão, tem sido chamados mandatos

[343] Mais adiante o assunto "Efeitos da coisa julgada no processo coletivo" será abordado com mais profundidade.
[344] Não se pode negar, por outro lado, que a especial abertura do ordenamento brasileiro aos modelos norte-americanos se devem também a forte influência da nossa tradição constitucional. O processo constitucional, com ações como de mandado de segurança e a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade, bem como a configuração do Poder Judiciário como poder revisor dos atos dos demais poderes (*judicial review*) são a prolífica herança da Constituição de 1891 e de Rui Barbosa, inspiradas na Constituição Norte-Americana.

de otimização. Outros princípios e regras podem desautorizar o princípio original[345]. Por esta razão se tem afirmado que os princípios têm unicamente uma dimensão de peso. Isto se vê claramente de duas maneiras.

Como base para decisões, um princípio somente mostraria a direção onde se deve buscar a decisão. Neste sentido, o artigo 4º da LICC ainda prescreve menor importância à aplicação dos princípios: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes, e os princípios gerais de direito[346]". A sua vez, quando existe um conflito entre princípios, a dimensão peso significa que o princípio com o maior peso despreza o menos importante. Portanto, quando há um conflito entre princípios, não há uma ordem hierárquica vinculante dado com autoridade que mostre como deveria resolver-se o conflito.

Entre os princípios existe a chamada ordem de preferência débil, determinada pela ordem de preferência dos valores e fins subjacentes[347].

Em importante trabalho, Humberto Ávila, ainda na perspectiva do processo civil clássico, classifica os princípios e regras como normas de primeiro grau. E como de segundo grau os postulados normativos. Referindo à eficácia dos princípios o autor propõe a distinção em eficácia interna e externa. Aquela é analisada sob os enfoques do conteúdo, eficácia interna direta e eficácia interna indireta. Esta (externa), além de analisar o conteúdo dessas normas, também se preocupa em verificar a eficácia externa objetiva e eficácia externa subjetiva, assim como outras subdivisões. Por seu turno, quando estuda a eficácia das regras o autor aponta a eficácia interna (direta e indireta) e a eficácia externa (seletiva, argumentativa direta e indireta, bem como a superabilidade das regras.

Contudo, não chega a tanto a proposta do presente trabalho que deve limitar-se apenas à possibilidade de aplicação imediata dos princípios constitucionais ao processo coletivo. Ainda assim, importa destacar que, no que se refere à superabilidade das regras, o autor, numa postura um pouco mais ortodoxa, defende que através das regras pode-se alcançar um maior

---

[345] Sérgio Sérvulo da Cunha com pertinência resgata as felizes palavras do Des. José Osório de Azevedo Júnior: "É verdade que, na cabeça do juiz, se o advogado alegou algum 'princípio' é porque não tem razão; se invocou o art. 5º da Lei de Introdução, a função social da propriedade, é porque não tem direito, e então começa a apelar para o milagre, para aquele ato desesperador, pois, se tivesse direito, indicaria o específico dispositivo da lei" (CUNHA, Sérgio Sérvulo da. O que é um princípio? In: **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva.** Coordenado por Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 276).

[346] A expressão "princípios gerais de direito" atualmente corresponde a "princípios constitucionais" (TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional.** Coleção Professor Gilmar Mendes. V. 1. Coordenado por André Ramos Tavares. São Paulo: Método, 2006, p. 87).

[347] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 273.

grau de segurança jurídica, em que pese a sua orientação para seguir as regras não apenas por serem regras, e editadas por uma autoridade, mas porque sua obediência é "moralmente boa".

Nesse sentido Humberto Ávila destaca que "Em primeiro lugar, as regras têm a função de pré-decidir o meio de exercício do poder, elas afastariam a incerteza que surgiria não tivesse sido feita essa escolha". E continua: "Em segundo lugar, além de afastar a controvérsia e a incerteza, a opção pelas regras tem a finalidade de eliminar ou reduzir a arbitrariedade que pode potencialmente surgir no caso de aplicação direta de valores morais"[348].

Bastante elucidativo é o entendimento dos irmãos George & Glauco Salomão Leite em excelente trabalho, quando afirmam ser indiscutível que a relevância dos princípios não se adstringe ao aspecto diretivo. E que de fato, no estágio atual de sua compreensão, sua elevada generalidade não lhes retira a capacidade de solver situações fáticas controvertidas, posto que são considerados não como simples pautas valorativas, senão como autênticos dispositivos constitucionais e, portanto, de pronto, aptos a gerar eficácia[349].

Amauri Mascaro Nascimento referenciado por Bento Herculano, chega a propor *status* de princípio para "o direito ao descanso", por exemplo[350]. Igualmente, André Ramos Tavares, em consonância com Ingo Wolfgang Sarlet, sob o ponto "Direitos fundamentais como princípios", destaca que os dispositivos constitucionais que enunciam direitos fundamentais não comportam somente uma força normativa e, por conseqüência, uma norma; mas, em virtude de seu valor, como fundamental, assumem verdadeira condição de princípios, sendo fundamento de "posições jurídico-subjetivas, isto é, normas definidoras de direitos e garantias, mas também deveres fundamentais[351].

Fábio Konder Comparato é preciso em sua diferenciação: princípios são normas que se distinguem das demais – chamadas regras – em razão de três características essenciais: a

---

[348] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – Da definição à ampliação dos princípios jurídicos.** 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 91 e seguintes.

[349] LEITE, George e Glauco Salomão. A abertura da Constituição em face dos princípios constitucionais. In: **Dos princípios constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 140.

[350] HERCULANO DUARTE, Bento. Princípios de direito do trabalho. In: **Manual de direito do trabalho – Estudo em homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros.** Coordenador Bento Herculano Duarte. São Paulo: LTr, 1998, p. 63. Em igual sentido destaca André Ramos Tavares, em análise ao ponto "Direitos fundamentais como princípios", que "Os direitos fundamentais contam com "dupla natureza", representada na sua função de direitos subjetivos e na de pautas objetivas da ordem constitucional" (André Ramos Tavares, **Fronteiras da hermenêutica constitucional...,** p. 105).

[351] TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional. In: **Dos princípios constitucionais.** Coordenado por George Salomão Leite. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 44-45.

supremacia normativa, a não-delimitação formal e substancial do seu âmbito de incidência e a permanência em vigor nas hipóteses de conflito normativo[352].

Por sua vez, Marcelo Neves, com supedâneo em Friedrich Muller, lembra que a norma jurídica, especialmente a norma constitucional, é produzida no decorrer do processo de concretização[353].

Contudo, é André Ramos Tavares, quem privilegia o assunto com uma abordagem mais funcional e precisa. Segundo o autor, as normas são "gênero" de que regras e princípios são espécies. Em outras palavras, o autor explica que "Estas duas últimas (princípios e regras) são elementos que compõem o conjunto maior denominado norma"[354]. O rigor e a precisão desta análise é facilmente verificável se compreendermos que norma é o que se extrai do texto (expresso ou não) mediante processo de interpretação. Neste sentido, o conjunto de normas que circulam no território de um Estado formarão o seu direito positivo, incluídas aí nesse processo, por óbvio, os princípios e as regras.

Por fim, em consonância com a concepção acima defendida por George e Glauco Salomão Leite, destaca André Ramos Tavares, de modo conclusivo, que atualmente "é praticamente inconteste que os princípios - tal como as regras – possuem força prescritiva e dirigem-se a vincular comportamentos"[355].

Sobre a essencialidade dos princípios, Bento Herculano Duarte, em abordagem precisa, infirma a sua importância como condição para saber a motivação intrínseca da matéria e, em sentido inverso, como ela verdadeiramente se manifesta e seus reflexos em nosso cotidiano. O autor em referência, ainda lembra que são várias as teorias a apreciar a autonomia de cada ramo jurídico; mas, sem negar a importância desse conjunto de teorias, aponta como critério adequado nessa empreitada, a análise da existência de autonomia

---

[352] COMPARATO, Fábio Konder. O ministério público na defesa dos direito econômicos, sociais e culturais. In: **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva.** Coordenado por Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 246.

[353] NEVES, Marcelo. Concretização constitucional *versus* controle dos atos municipais. In: **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva.** Coordenado por Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 569.

[354] André Ramos Tavares, **Fronteiras da hermenêutica constitucional...,** p. 86. Logo em seguida, o autor premia o leitor com a apresentação, numa escala evolutiva ascendente, de três fases que indicam diferentes graus de eficácia dos princípios, culminando, no último e atual instante, com sua equiparação à eficácia máxima atribuída às regras desde a perspectiva de Hans Kelsen.

[355] Em termos exatos André Ramos Tavares informa que "Na "ultima" fase referida, portanto, os princípios têm força normativa total; eles são cogentes, são considerados normas, possuem normatividade no sentido da impositividade. Há, é certo, outras polêmicas referentes aos princípios, mas não em relação à sua normatividade/imperatividade" (André Ramos Tavares, **Fronteiras da hermenêutica constitucional...,** p. 88.

científica, a qual ele também denomina de principiológica, destacando que a particularidade de princípios é a base da "independência"[356].

A classificação dos princípios peculiares ao processo coletivo tem o especial condão de destacar as linhas gerais e políticas de aplicação e interpretação dos institutos que lhes são próprios. Varia a posição doutrinária sobre quantos e quais sejam os princípios específicos do processo coletivo. Contudo, bastante atual e precisa, a proposta de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., mostra-se adequada ao presente trabalho[357].

3.15.1 O princípio de acesso à justiça

Consoante o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição de 1988, "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Na feliz expressão de Kazuo Watanabe, o acesso à justiça implica no "acesso à ordem jurídica justa"[358].

Como informado alhures, vem de Mauro Cappelletti compreensão de que o acesso à justiça decorre de três ondas renovatórias: a) a assistência judiciária, em especial ao hipossuficiente; b) a tutela aos interesses difusos, permitindo que os grandes conflitos de massa sejam submetidos ao Judiciário; c) o modo de ser do processo[359], cuja técnica deve produzir justiça social.

O significado e o alcance desse postulado se desdobram de maneira cada vez mais ampla e complexa. Isto ocorre, sobretudo, em razão do reconhecimento pela doutrina e pela jurisprudência de que "o conceito de justiça" não mais se restringe à mera prestação satisfativa obtida por meio do Poder Judiciário, mas se encontra cada vez mais relacionado ao IDH (Índice de Desenvolvimento Humano), o qual implica em toda melhoria de condição de vida (saúde, educação, moradia, lazer etc.).

---

[356]Bento Herculano Duarte, op. cit., p. 46-84.
[357] Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., op. cit., p. 95 e seguintes.
[358] Autor citado por: Ada Pellegrini Grinover, **Direito processual coletivo**, p. 12.
[359] Nesse sentido, Niklas Luhmann preleciona que não se trata de legitimar a instituição do processo legal através da justificação duma função, mas, sim, da revelação do problema que a justificação resolvia e isso é facilmente omitido porque não se identifica com os problemas que se procuram resolver nos processos legais por meio das decisões (LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento.** Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: UNB, 1980, p. 13).

Bem observa Ada Pellegrini Grinover que o acesso à justiça para a tutela de interesses transindividuais, objetivando à solução de conflitos que, por serem de massa, têm dimensão social e política, assume feição própria no processo coletivo[360].

Com brilhantismo Nelson Nery Jr. adverte que, nada obstante o destinatário principal desta norma seja o legislador, a diretriz constitucional alcança a todos indistintamente (isonomia real), noutras palavras, "não pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão"[361].

Infere-se, destarte, que "todos" devem ter acesso à justiça para requerer prestação jurisdicional reparatória ou preventiva em relação a um dado direito. Nessa perspectiva contemplam-se não apenas os direitos individuais, mas também os difusos e os coletivos em sentido amplo[362].

O autor em tempo informa o "princípio constitucional do direito de ação", o qual estabelece que todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada - ou eficiente, para ser mais preciso. "Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja a adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio". Se a prestação adequada for de medida urgente, o magistrado, observados os requisitos legais, deve concedê-la, independentemente de previsão legal autorizando ou proibindo a urgência[363].

Em caráter elucidativo, Nelson Nery Jr. afirma que o direito de ação pode ser exercido independentemente da qualificação jurídica do direito material a ser por ele protegido. Desta forma, tanto o titular do direito individual, quanto o do direito transindividual (coletivo *lato sensu*) têm o direito constitucional de requerer ao Poder Judiciário a prestação adequada[364].

O direito à tutela jurisdicional não se confunde com o direito de petição, este se encontra esculpido pelo artigo 5º, inciso XXXIV, alínea a), da Constituição Federal, conforme

---

[360] A autora ainda destaca que o acesso à justiça no processo individual, diz respeito exclusivamente ao cidadão, objetivando nortear a solução de controvérsias limitadas ao círculo de interesse da pessoa, "no processo coletivo transmuda-se em princípio de interesse de uma coletividade, formada por centenas, milhares e às vezes milhões de pessoas", razão pela qual o instituto da "representação adequada" assume relevância capital para viabilização do acesso a uma ordem verdadeiramente justa (Ada Pellegrini Grinover, **Processo coletivo,** p. 12).

[361] NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal.** 8. ed. rev., atual. e ampli. Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman. V. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 130.

[362] "Como as garantias fundamentais e os direitos sociais (arts. 5º a 8º da Constituição Federal) devem ser interpretados *ad ampliada* – contrariamente aos demais preceitos constitucionais, que se interpretam *ad restringida* -, não se pode dar à lei interpretação que impeça ou dificulte o exercício da garantia constitucional do direito de ação" (Nelson Nery Jr., op. cit., p. 132, 133 e 134).

[363] O autor se refere, especialmente ao que ocorre casuisticamente no direito brasileiro, com a edição de medidas provisórias ou mesmo de leis que restringem ou proíbem a concessão de liminares, quase sempre em face do próprio poder público. Tais normas têm de ser interpretadas de acordo com a Constituição. Sendo instrumentos impedientes do jurisdicionado obter a tutela jurisdicional adequada, de certo que estarão em desconformidade com a Constituição e o magistrado deverá ignorá-las, concedendo a liminar independentemente de a norma legal proibir essa concessão.

[364] Nelson Nery Jr., op. cit., p. 133.

experiência obtida do Estado liberal[365]. Trata-se de um direito que consiste em reclamar, junto aos poderes públicos, em defesa de direitos contra ilegalidade ou abuso de poder.

Como se observa, o direito de petição é um direito "político", exercitável por qualquer um, pessoa física ou jurídica, sem forma rígida de procedimento para fazer-se valer; caracterizado pela informalidade, é suficiente a identificação do peticionário e o conteúdo sumário do que se pretende. Bem assim, o direito de petição pode ser externado por meio de petição, no sentido estrito do termo, representação, reclamação ou queixa.

O caráter distintivo entre o direito de petição e o direito de ação é a obrigatoriedade, neste último, de ir a juízo requerer a tutela jurisdicional, porque se trata de direito pessoal. Quer dizer, é necessário atender a condição da ação interesse processual. Para legitimar-se ao direito de petição não é preciso que o peticionário tenha sofrido gravame pessoal ou lesão em seu direito, porque se caracteriza como direito de participação política, onde está presente o interesse geral no cumprimento da ordem jurídica[366].

Nelson Nery Jr., destaca que se, por um lado, o direito de ação é um "direito público subjetivo", pessoal, portanto – o autor excetua no caso dos direitos difusos e coletivos, sob o argumento de que os titulares são indetermináveis e indeterminados, respectivamente -, o direito de petição, por ser político, é impessoal, porque orientado à autoridade para bradar ilegalidade ou abuso de poder[367].

No entanto, em situações mais complexas, como algumas ocorrências que envolvem direitos metaindividuais, compreendemos que a teoria do direito de ação pode fundi-se à do direito de petição, sem qualquer prejuízo, unindo as características supra-citadas, especialmente em razão da simultaneidade entre "elevado interesse público primário" (elemento político) e a "valoração da pessoa" (reconhecimento de direitos públicos subjetivos), na tutela coletiva. Noutras palavras, a lógica binária não é suficiente para atender a essa demanda[368].

O princípio epigrafado tem, ainda, como decorrência, a atribuição de assistência jurídica gratuita e integral aos necessitados (art. 5º, LXXIV, CF/88). Diversamente da assistência judiciária presente na Carta anterior, a assistência jurídica tem conceito mais abrangente e abarca a consultoria e a atividade jurídica extrajudicial em geral. Destarte, o Estado promoverá a assistência aos necessitados, deparando informações sobre condutas a

[365] Harald Seidel citado por Nelson Nery Jr., op. cit., p. 134.
[366] J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira citados por Nelson Nery Jr., op. cit. p. 135.
[367] Nelson Nery Jr., op. cit., p. 135.
[368] Esse posicionamento, em linhas gerais, é similar ao proposto por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira com sua tese acerca do "formalismo-valorativo" no confronto com o "formalismo excessivo", a qual voltaremos a abordar nas próximas linhas.

serem adotadas em face de problemas jurídicos, e, ainda, sugerindo ações e acastelando o necessitado nas ações em que for réu[369].

Por fim, todo e qualquer empecilho ou ônus excessivo que represente obstáculo ao verdadeiro acesso à justiça deve ser banido porque flagrantemente inconstitucional em virtude de atentar contra a ordem do Estado de Democrático Direito propugnado pela Constituição de 1988, onde se assegura que nenhuma lesão ou ameaça a direito fugirá à apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV), que, por sua vez, deve apresentar uma solução adequada (art. 175, IV), ou, noutras palavras, justa (princípio da eficiência, art. 37, *caput*).

3.15.2 Princípio da universalidade da jurisdição e da primazia da tutela coletiva eficiente

Este princípio está fundamentalmente relacionado ao acesso à justiça, sobretudo, em razão de assumir o escopo precípuo de alcançar o contingente máximo de pessoas e litígios. Contudo, estes desígnios somente serão alcançados de modo eficiente se tomarmos como ponto de partida a "ótica dos consumidores da justiça", atribuindo prevalência à tutela coletiva e à totalidade das lides. ADMINISTRATIVO **-** AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL - CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO - TRANSPORTE - PEDIDO DE ADEQUAÇÃO DO SERVIÇO ESSENCIAL - INTERESSE DE AGIR, LEGITIMIDADE E POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO[370].

---

[369] Nelson Nery Jr., op. cit., p. 137.

[370] Vejam os argumentos *in literis*: "1. O caso trata de ação civil pública ajuizada pelo MPSP em face da CPTM, concessionária do serviço público, para adequar o serviço de transporte de passageiros, que, no entender do autor, vinha sendo deficientemente prestado. A sentença julgou parcialmente o pedido, condenando a concessionária a adequar-se, nos termos da sentença, aos serviços que devem ser prestados aos cidadãos. 2. **É dever do Poder Público e de seus concessionários e permissionários prestar serviço adequado e eficiente**, atendendo aos requisitos necessários para segurança, integridade física, e saúde dos usuários, tudo conforme os arts. 6º, I e X, do CDC c/c 6º da Lei n. 8.987/95. 3. Deste modo, uma vez constatada a não-observância de tais regras básicas, surge o interesse-necessidade para a tutela pleiteada. Vale observar, ainda, que as condições da ação são vistas *in satu assertionis* ("Teoria da Asserção"), ou seja, conforme a narrativa feita pelo demandante, na petição inicial. Desse modo, o interesse processual exsurge da alegação do autor, realizada na inicial, o que, ademais, foi constatado posteriormente na instância ordinária. Tudo isso implica reconhecer a não-violação dos arts. 3º e 267, VI, do CPC. 4. No caso dos autos, não ocorre a impossibilidade jurídica do pedido, porque o *Parquet*, além de ter legitimidade para a defesa do interesse público (aliás, do interesse social), encontra-se no ordenamento jurídico, tanto na "Lei da Ação Civil Pública" (Lei n.7.347/85), quanto na "Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e Normas Gerais para os Ministérios Públicos dos Estados" (Lei n. 8.625/93) e outras, ou mesmo nos arts. 127 e 129 da CF, respaldo para pedir a adequação dos serviços de utilidade pública essenciais. 5. Quanto à alínea "c", impossível o conhecimento do especial, pois inexiste dissídio jurisprudencial demonstrado, uma vez que os substratos fáticos dos acórdãos apontados como paradigma são diferentes do enfrentado no acórdão recorrido. Recurso especial conhecido em parte e improvido. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior

Por meio da demanda coletiva pessoas excluídas por questões econômicas ou de informação passam a fruir de um serviço judicial que deve ser adequado (ou eficiente) que jamais teriam não fosse a implementação da idéia de universalização da jurisdição.

Confirmando esse entendimento, Ada Pelegrine Grinover informa que "O princípio da universalização da jurisdição tem alcance mais restrito no processo individual, limitando-se à utilização da técnica processual com o objetivo de que todos os conflitos de interesses submetidos aos tribunais tenha resposta jurisdicional, e justamente a resposta jurisdicional adequada. Mas o princípio assume dimensão distinta no processo coletivo, pois é por intermédio deste que as massas têm a oportunidade de submeter aos tribunais as novas causas, que pelo processo individual não tinha sequer como chegar à justiça. O tratamento coletivo de direitos e interesses comunitário, é que abre as portas à universalidade da jurisdição"[371].

3.15.3 Princípio da participação

A amplitude participativa do debate judicial revela evidente prevalência deste princípio no processo coletivo em relação a sua feição individual. Isto é bastante compreensível, sobretudo, em razão do objeto em litígio ser mais amplo nesses processos.

Ada Pelegrini Grinover enfatiza que o princípio em tela é próprio de qualquer processo, que tem nele seu objetivo político. Com precisão a autora adverte que enquanto no processo civil individual a participação se resume à garantia do contraditório (participação no processo), no processo coletivo a participação se faz também por meio do processo[372]. A preservação do contraditório em suas diferentes formas (preventivo, eventual diferido e mitigado) é de suma importância.

Com o advento da tutela coletiva, o papel do juiz aumentou em grau e relevância por reclamar, em muitos momentos, sua participação direta. O dever de participação em

---

Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Eliana Calmon, João Otávio de Noronha e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator. (Proc. REsp 470675 / SP RECURSO ESPECIAL 2002/0117711-2, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS (1130), T2 - SEGUNDA TURMA, julgado em 16/10/2007, publicado no DJ 29.10.2007 p. 201".

[371] GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: **Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos. 15 anos do Código de Defesa do Consumidor**. Coordenado por Paulo Henrique dos Santos Lucon. São Paulo: Atlas, 2006, p. 304.

[372] Também Ingo Wolfgang Sarlet, como citado alhures, informa que já não se busca mais liberdade em face do Estado, mas liberdade através do Estado.

contraditório do juiz surge e se revela também pelo "diálogo". Isto afastou do processo civil o dogma segundo o qual é vedado ao juiz emitir opiniões sobre a causa porque, assim, estaria comprometendo o dever de imparcialidade ínsito aos atos administrativos (art. 37, *caput*, CF88)[373].

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., observam que, em verdade, se trata de aplicação prática do "formalismo-valorativo" proposto por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira com a qual tem íntima ligação, sendo a participação uma de suas características. Segundo os autores, nessa ótica, a preocupação volta-se para a totalidade formal do processo, incluídas não só as formalidades do procedimento, mas, também, a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo. A efetividade decorre, pois, do seu poder organizador e ordenador; e, a segurança decorre do seu poder disciplinador[374].

Contudo, o "formalismo-valorativo" é mais do que simples técnica-formal. O processo é produto da cultura humana. Assim, a tese axiológica termina por emergir do sistema e da própria configuração interna do processo, pela indubitável natureza do fenômeno cultural deste e do próprio direito, fazendo com que aí interfira o conjunto de modos de vida criados, apreendidos e transmitidos de geração em geração entre os membros de uma determinada sociedade. Corroborando esta perspectiva encontra-se a percepção de Miguel Reale em sua teoria de que direito é fato, valor e norma (tridimensionalismo do direito)[375].

Nesse sentido, ainda aquelas normas que aparentemente regram o modo de ser do processo não derivam exclusivamente de considerações empíricas, mas também de compreensões éticas, sociais, econômicas, políticas, ideológicas e jurídicas, subjacentes a uma dada sociedade e a ela características, inclusive utopias. Desde modo, o seu emprego pode constituir em estratégias de poder, direcionadas para tal ou qual finalidade governamental[376].

Por fim, duas conseqüências decorrem do princípio da participação: a) estímulo à participação da sociedade civil no exercício da jurisdição, sobretudo depois da legitimação das associações civis para a propositura de ações coletivas; b) incitação à intervenção do *amicus curiae,* ainda que atípica, cuja participação integra o contraditório.

---

[373] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** 4. ed., v. 1. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 224-225.
[374] Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., op. cit., p. 116.
[375] Miguel Reale, op. cit., *passim.*
[376] Surge, então, a idéia, substancialmente correta, de que "o direito processual é o direito constitucional aplicado, a significar essencialmente que o processo não se esgota dentro dos quadros de uma mera realização do direito material, constituindo, sim, mais amplamente, a ferramenta de natureza pública indispensável para a realização de justiça e pacificação social" (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de, **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo.** Revista de processo, RT, n. 137, p. 7-31, agosto 2006).

3.15.4 Contraditório

Consoante lição de Elio Fazzalari, "processo é o procedimento em contraditório"[377]. Este princípio no processo coletivo não se sujeita aos corolários imediatos do contraditório dos processos individuais.

No processo individual as regras gerais da *legitimidade ad causam,* serve apenas para defesa de direito próprio em nome; a eficácia da sentença restringe-se às partes litigantes; e, os limites subjetivos da coisa julgada limitam-se às partes do processo, estabelecendo, deste modo, rígidos limites subjetivos, suficientes para impedir a vinculação dos sujeitos que efetivamente não participaram do processo como partes.

Por seu turno, no processo coletivo, o instituto da representação resolve esse problema, através da legitimação por substituição processual e a extensão subjetiva da coisa julgada *secumdum eventum litis,* inaugurando, assim, a idéia de um princípio do devido processo coletivo, onde o contraditório mais do assegurado, é cogente.

3.15.5 Princípio do ativismo judicial

Há autores que chegam a propor a existência do "princípio do ativismo judicial". Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. colocam esse princípio como uma faceta saudável do princípio inquisitivo (responsável pela efetividade do próprio poder jurisdicional estatal a ser exercido sempre que provocado) e do impulso oficial[378].

Em nosso entendimento, nada obstante seja proveitosa, do ponto de vista dogmático, tal empreitada, louvável iniciativa de tão ínclitos autores, não se trata de outro princípio que não seja o da participação, ou seja, apenas são reflexos da maior participação do magistrado

---

[377] Conceito de Elio Fazzalari citado por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., op. cit. p. 117.

[378] Consoante Ada Pellegrini Grinover, o processo inicia-se por impulso da parte, segue sua caminhada por impulso oficial. "Esse princípio, que permite que o procedimento seja levado para a frente até seu final, rege de igual maneira, o processo individual e o coletivo. Mas a soma de poderes atribuídos ao juiz é questão intimamente ligada ao modelo pelo qual se exerce o princípio do impulso oficial". Em verdade, trata-se da *defining function* do juiz, de que fala o direito norte-americano para as *class actions* (Ada Pellegrini Grinover, **Direito processual coletivo,** p. 13).

nos processos coletivos, que pode se revelar sob muitos aspectos. Os mesmos autores reconhecem tratar-se de relativização do denominado "princípio da ação" (ou da demanda, que determina a atribuição à parte da iniciativa de provocar o exercício da jurisdição).

Nesse sentido, revelam a existência de previsão no Projeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos de "iniciativas que competem ao juiz para estimular o legitimado a ajuizar a ação coletiva, mediante a ciência aos legitimados da existência de diversos processos individuais versando sobre o mesmo bem jurídico". Também no artigo 7º da LACP: "Se, no exercício de suas funções os juizes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeteram as peças ao Ministério Público para as providências cabíveis." Outrossim, exemplo semelhante é verificado pela doutrina indica quando o julgamento do *fluid recovery*, no qual o juiz define o valor da indenização residual, em se tratando da lesão a direitos individuais homogêneos - artigo 100 do CDC, examinado no capítulo sobre a execução e liquidação coletivas[379].

3.15.6 Princípio da economia processual

O significado e a extensão desse princípio podem ser resumidos no ideal de uma justiça rápida, barata e justa. A tutela coletiva alcança de uma só vez todos esses objetivos: redução do custo financeiro, em materiais e pessoas, como também o de decisões uniformes para um grande número de situações, atendendo com mais facilidade os elevados propósitos perseguidos pelo princípio; incluído, aí, a conseqüente pacificação social.

Por fim, é possível falar numa função social da economia no processo, de modo que isto faz com que os efeitos deste princípio ultrapassem a simples preocupação individualista de poupar trabalho a juizes e partes, de frear gastas excessivos, respeitar o dogmatismo dos prazos, de modo que não objetive à comodidade dos agentes da atividade processual, mas à ânsia de perfeição da justiça humana – reconhecer e proclamar o direito, com menor gravame possível[380].

---

[379] GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto,** 9. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 895.
[380] Galeno Lacerda citado por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., op. cit., p. 119.

3.15.7 Princípio da instrumentalidade substancial das formas e do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo

Na esfera coletiva é cogente o reexame do juízo de admissibilidade do processo, de modo que o juiz, mesmo diante da falta de um pressuposto processual de validade, avance e julgue o mérito da causa, aplicando o sistema das invalidades processuais do CPC, especialmente a previsão do artigo 249, § 2º do CPC.

Como afirma Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, o processo não é um fim em si mesmo, e está voltado para a obtenção da justiça material e de pacificação social, sendo que seus institutos, na atual fase do desenvolvimento jurídico pátrio, deverão estar de acordo com as diretrizes constitucionais[381].

A primeira função objetiva garantir que questões eminentemente formais não obscureçam a finalidade do processo, flexibilizando as condições de admissibilidade processual para enfrentar o mérito do processo coletivo e legitimar sua função social.

Não mais se admite que o Poder Judiciário permaneça atrelado a questões formais, muitas das quais retiradas de uma filosofia individualista já superada e incompatível com o paradigma de Estado propugnado pela Constituição de 1988, deixando de enfrentar o mérito, por exemplo, de uma ação coletiva cuja causa de pedir se fundamenta em improbidade administrativa ou em dano ao meio ambiente[382].

3.15.8 Princípio da ampla divulgação da demanda coletiva e da informação aos órgãos competentes

Tocante a ampla divulgação, trata-se de um valor que também encontra derivação no *fair notice* do direito norte-americano e tem especial condão de viabilizar a faculdade por uma tutela coletiva em lugar da individual, ampliando, dessa maneira, o alcance da coisa julgada, e, até, permitindo a alternativa de suspensão do processo individual (art. 104, CDC), com o

---

[381] OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo**, RT, nº 137, p. 7-31, agosto 2006.
[382] ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório. **Direito processual coletivo brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 572.

fim de assegurar ao titular da demanda individual já ajuizada sua continuação, caso o processo coletivo não obtenha sucesso.

Este princípio encontra-se regulado pelos artigos 6º e 7º da LACP. Neste último dispositivo, aparece o dever funcional de informar ao órgão curador da sociedade (o Ministério Público), sobre acontecimentos que constituam objeto de ação civil pública[383].

Trata-se, em verdade, de um cívico que já consagrado na tutela penal (art. 15, AP; art. 40, CPP). A novidade se verifica em serem objeto de tutela civil, decorrência da forte presença de interesse público primário nas ações coletivas.

Importa destacar que o MP não está obrigado a impetrar a demanda coletiva ou instaurar o inquérito civil, antes de verificar a "conveniência e oportunidade" para realizar tais procedimentos[384].

3.15.9 Princípio da "extensão subjetiva" da coisa julgada *secundum eventum litis* e princípio do transporte *in utilibus*

Decorre, pois, desses postulados a consignação de que, nos processos coletivos, não serão prejudicados os titulares de direitos individuais, apenas beneficiados. Esta é uma característica profundamente relacionada à ideologia do processo coletivo à brasileira.

Em contrapartida, assegura-se ao titular do direito individual, em caso de pertinência da demanda coletiva, tomar como "prova emprestada" a sentença coletiva na disputa individual (transporte *in utilibus*), tão logo demonstre a identidade fática de situações, semelhante ao que já ocorre na ação civil *ex delicto*.

3.15.10 Princípio da indispensabilidade (temperada) da demanda coletiva cognitiva e princípio da continuidade da demanda coletiva

[383] "Art. 6º. Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção. Art. 7º. Se, no exercício de suas funções, os juizes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis."

[384] Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., op. cit., p.123.

Ao contrário do processo individual, onde se verifica a *facultas agendi* própria do direito subjetivo individual, a demanda coletiva é impelida pela idéia de indisponibilidade do interesse público.

No entanto, tal indisponibilidade não é absoluta. Existe, uma "obrigatoriedade temperada com a conveniência e a oportunidade" para o ajuizamento da ação coletiva, predominantemente voltada para o MP, já que este órgão é dotado do dever funcional de, verificados os pressupostos e a lesão ou ameaça a direito coletivo *lato sensu*, impetrar a ação coletiva.

Como afirmado alhures o MP ainda poderá fazer juízo de oportunidade e conveniência, o que equivale a um certo grau de discricionariedade controlada do agente. A não propositura do inquérito civil já instruído implicará em arquivamento, sujeito ao controle pelo Conselho Superior do MP (art. 9º, LACP).

De qualquer modo, permanece a obrigatoriedade de atuação do MP como fiscal da lei, sempre que não for parte na lide. Há que se considerar que a lei determina a obrigatoriedade de continuidade da demanda coletiva em caso de "desistência infundada ou abandono", devendo o MP ou outro legitimado assumir a titularidade ativa do processo (art. 5º, §§ 1º e 3º, LACP). Contudo, nestes casos, é de bom alvitre destacar que semelhante juízo de "oportunidade e conveniência" deve ser realizado pelo MP, considerando que em casos de demanda infundada ou temerária não há suporte racional na obrigatoriedade de continuar com a demanda.

Diante dessas regras fica evidente a preocupação do microssistema no efetivo ajuizamento (princípio da obrigatoriedade temperada) e na continuidade (princípio da continuidade) da ação coletiva.

3.15.11 Princípio da obrigatoriedade da demanda coletiva executiva

Ajuizada e julgada procedente ação coletiva é dever do Estado garantir efetividade a este direito, devendo o MP assegurar que isto ocorra, sob pena de sofrer as sanções previstas no artigo 15 da LACP. Basicamente nisto consiste o presente princípio.

Contudo, em se tratando de ação civil pública destinada à tutela dos interesses individuais homogêneos, cabe ressaltar que a aplicação deste princípio não pode ser

idêntica[385]. Isto porque de acordo com a regra das ações para tutela de direitos individuais homogêneos, também presente no regulamento do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDDD), quando existir concurso de créditos deverá prevalecer a indenização decorrente dos prejuízos individuais (art. 99, CDC e art. 8º do Decreto nº 1.306 de 1994). No entanto, a prevalência da execução dos prejuízos individuais em nada ofusca a obrigação do MP de executar, já que somente a destinação da importância recolhida ao fundo ficará suspensa enquanto não houver a satisfação dos credores individuais, principalmente se o patrimônio do devedor for suficiente para solver o débito.

3.15.12 Princípio da "subsidiariedade", do "microssistema" (Código de Processo Coletivo), do devido processo legal coletivo ou da "aplicação residual" do CPC

Por este princípio o bom emprego do processo coletivo somente é possível se de acordo com o regulado no Título III do CDC e na LACP, considerando a alteração do artigo 21 da LACP introduzida pelo CDC, inaugurando um microssistema que doravante, robustecido por outras normas de natureza coletiva, como as normas processuais da Ação Popular, do Estatuto do Idoso, do Estatuto da Criança e do Adolescente, da Lei de Improbidade Administrativa etc., passa a servir de auto-referência para tutela coletiva no Brasil.

Disto decorre que somente em não havendo, absolutamente, no microssistema de processo coletivo brasileiro uma solução adequada para um dado conflito coletivo, é que se recorre às normas do processo civil clássico regulado maiormente pelo CPC.

Como se vê, o CPC terá função meramente residual em situações que envolvam "litigação de massa". Neste sentido, já dispunha LAP, em seu artigo 22, que a "Aplicam à ação popular as regras do Código de Processo Civil, naquilo que não contrariem os dispositivos desta lei, nem a natureza específica da ação".

Por fim, "caso não sejam observadas as regras próprias do devido processo coletivo, e se parta para a aplicabilidade das regras ortodoxas liberais e individualistas do processo civil clássico, haverá vício de invalidade processual passível de sanção de nulidade absoluta do processo coletivo por desrespeito ao princípio do devido processo legal"[386].

---

[385] LEITE, Carlos Henrique Bezerra, op. cit., p. 148, nota 222.
[386] Gregório Assagra de Almeida, op. cit., p. 569.

3.15.13 Princípio da não-taxatividade ou da atipicidade da ação coletiva

Eis uma característica própria de sistemas abertos, como os ordenamentos de cultura anglo-saxã. Trata-se de influência direta das *class actions* norte-americanas no sistema de tutela coletiva brasileiro.

Dois aspectos relevantes emergem do presente postulado. O primeiro subsiste no fato de que não se pode negar o acesso à justiça aos novos direitos coletivos (art. 5º, XXXV, CF/88), considerando que o rol do artigo 1º da LACP é categoricamente aberto - "qualquer outro interesse difuso ou coletivo", aliás, em igual sentido, o artigo 129, III da CF88: "outros interesses difusos e coletivos". E o segundo que, toda forma de tutela será admitida como meio de concretização desses direitos, de acordo com o disposto no artigo 83 do CDC, o que estabelece: "Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela".

Com o reconhecimento deste princípio superam-se as oposições ao cabimento de ações e pedidos no processo coletivo por parte de alguns doutrinadores e mesmo por restrições ou interpretações das normas "coletiva", aliás, diga-se de passagem, eivadas pela inconstitucionalidade.

Em síntese, por este princípio toda modalidade de direito ou interesse coletivo *lato sensu* deverá ser alcançado através da tutela coletiva. Corrobora esta assertiva o "princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva", regulado pelo artigo 83 do CDC, dotado de aplicação em todo o direito processual coletivo, sobretudo em razão do artigo 21 da LACP. Nesse sentido toda restrição é inconstitucional por ferirem valores consagrados pela própria Constituição.

3.15.14 Princípio da adequada representação e do controle judicial da legitimação nos processos coletivos

A dignidade como expressão da sociabilidade humana se potencia não apenas com os direitos de participação política, com o sufrágio universal ou com o direito de participação

direta (referendum, plebiscito etc.), mas, especialmente, com as garantias processuais e com os direitos de associação e reunião. Estamos com estes planejamentos que relacionam a dignidade humana com os fins e conteúdos da ética pública da modernidade ante um grande esforço de construção, que situa a dignidade como fundamento do dever ser, raiz do dever ser da norma básica material que são os quatro grandes valores da ética pública política que se convertem em valores da ética pública jurídica; liberdade, igualdade, segurança e solidariedade, que por sua vez se desenvolvem em princípios de organização do sistema institucional democrático e como direitos fundamentais dos indivíduos e dos grupos formados por estes, e que tem como objetivo a realização de dimensões do indivíduo que não se podem realizar isoladamente[387].

Trata-se de um dos espectros do princípio da segurança jurídica. Nessa perspectiva, procura fazer com que a coletividade esteja adequadamente representada nas "litigações de massa", seja no pólo ativo ou passivo, de modo que efetivamente exerça a titularidade do direito coletivo em sua plenitude e guie o processo de maneira transparente e eficiente. Vencida, portanto, uma primeira etapa em que a legitimação era tão somente ativa e objetivamente estabelecida por lei.

3.16 Procedimentos e leis relacionados à tutela coletiva: projetos de Código de Processos Coletivos

Vários procedimentos são colocados à disposição para a tutela dos direitos coletivos. A questão, entretanto, deve ser abordada sob duas perspectivas: a das demandas que podem ser propostas; e, dos procedimentos que podem ser adotados. No caso desta pesquisa a demanda é a efetividade do direito à saúde; e o procedimento em hipótese de adequação ao direito material perquirido, a ação civil pública.

O artigo 83 do CDC autoriza todas as modalidades de ações - condenatórias, mandamentais, executivas, declaratórias e constitutivas, independentemente de sua classificação. O inventário da LACP, que apontava as ações condenatórias para a reparação de dano, as ações de obrigação de fazer e de não fazer e a ação cautelar, foi sensivelmente alargado, depois da interação existente entre a LACP e o CDC.

---

[387] PECES-BARBA, Gregorio. **La dignidade de la persona desde la filosofía del derecho**. 2. ed. Cuadenos "Bartolomé de las Casas". V. 26. Madrid: Universidad Carlo III de Madrid - Dykinson, 2003, p. 77-78.

Como explicitado anteriormente, o procedimento-padrão para as causas coletivas é o previsto de forma integrada na LACP e no CDC, que se movimenta como o procedimento comum do processo coletivo[388].

Importa destacar que a trajetória legislativa não foi feita só de avanços. Um dos grandes retrocessos que pode ser referenciado aparece com a edição da Medida Provisória nº 2.180-35[389] e a sua tentativa de "confinamento" dos efeitos do julgado coletivo nos limites da competência territorial do órgão prolator da sentença, ditado pela Lei nº 9.494/1997. Igualmente pode ser arrolada como ataque ao desenvolvimento da tutela coletiva a expressa vedação de ajuizamento de demandas que versem sobre direitos coletivos (*stricto sensu*), junto aos Juizados Especiais Cíveis Federais (art. 3º, I, § 1º, Lei Federal nº 10.259/01)[390].

O inativismo do Poder Legislativo tem facilitado a ação de governantes comprometidos com os princípios liberais. A esperança é voltada, então, para os tribunais, quando ladeados por uma Advocacia e um Ministério Público comprometidos com a "justiça" (enquanto virtude considerada), e juizes corajosos, motivados academicamente com a interpretação apropriada das novas normas, que seja com o fito de que a solução judicial espelhe as linhas mestras do processo coletivo e os princípios gerais que os regem[391]. Essa expectativa imediatamente relata pode explicar o súbito interesse pelo modelo norte-americano, onde, por questões históricas, o papel da jurisprudência e dos magistrados é fator determinante para uma institucionalização forte dos tribunais.

---

[388] Além dele, é possível referir ao procedimento especial do mandado de segurança coletivo (aplicação da Lei Federal nº 1.533/51 e demais diplomas referentes ao *writ* individual em conjunto e no que não contratar com o procedimento-padrão do processo coletivo, preservada a regra da legitimação constitucionalmente referida no art. 5º, LXX da CF/88), a ação popular (Lei Federal 4.717/65), as ações previstas no CDC (ações coletivas para a defesa dos interesses individuais homogêneos – arts. 91-100 – e ações coletivas de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços – art. 102), o mandado de injunção coletivo (para o qual se aplica, no que couber e enquanto não editada legislação específica, o regramento processual do mandado de segurança, nos termos do art. 24, parágrafo único da Lei Federal nº 8.038/90) e ação de improbidade administrativa (Lei Federal nº 8.429/92). Para os autores que defendem o caráter difuso das ações de controle de constitucionalidade, também aqui devem estar relacionadas as leis que versam sobre o tema (Lei Federal nº 9.868/99 e Lei nº 9.882/99), contudo em muito pouco servem a estes diplomas a disciplina da ACP e do CDC sobre a matéria.

[389] Em particular o parágrafo único do art. 1º da LACP, introduzido pela Medida Provisória e vazado nos seguintes termos: "Não será cabível a ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiados podem ser individualmente determinados".

[390] Como afirmou Ada Pellegrini Grinover em artigo eloquentemente denominado "A Ação Civil Pública Refém do Autoritarismo" as ações coletivas progrediram muito no nosso sistema positivo e continuam a evoluir a "única nota dissonante, nesse cenário, é a atitude do governo, que tem utilizado Medidas Provisórias para inverter a situação, com investidas contra a ação civil pública, tentando diminuir sua eficácia, limitar o acesso à justiça, frustrar o momento associativo, reduzir o papel do Poder Judiciário (GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública refém do autoritarismo. In: **O Processo: Estudos e Pareceres.** São Paulo: Perfil, 2005, p. 236-247).

[391] Nesse momento não nos parece oportuno aprofundar no tema, mas fica referência de que alguns juizes e tribunais, mobilizados pelo Ministério Público e pelos advogados, têm resistido heroicamente às ofensivas do "autoritarismo" contra ações coletivas.

Quatro excelentes projetos para um Código Brasileiro de Processo Coletivo são apresentados à comunidade brasileira. Para além de notável qualidade técnica todos esses projetos destacam-se pela constitucionalização dos direitos e (re)democratização do Brasil. São eles: a) Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América; b) Código de Processo Coletivo Modelo para Países de Direito Escrito – Projeto Antonio Gidi; c) Anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP); d) Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, coordenado por Aluísio Gonçalves de Castro Mendes[392-393].

3.17 Competência

A jurisdição, resguardando a ordem jurídica e a paz social, especializa-se em setores nas atribuições que exerce por todo o território nacional (art. 1º, CPC), de modo que, as causas sejam distribuídas pelos vários órgãos jurisdicionais, conforme as atribuições, que têm seus limites definidos em lei.

Em igual sentido, JJ. Gomes Canotilho entende por competência o poder de ação e de atuação aos vários órgãos e agentes constitucionais com o fim de prosseguirem as tarefas de que são constitucional ou legalmente constituídos. A competência, segundo o autor, envolve a atribuição de determinadas tarefas bem como os meios de ação ("poderes") necessários para a sua prossecução, além delimitar o quadro jurídico de atuação de unidade organizatória relativamente a outra[394].

A necessidade de se assegurar a previsibilidade das ações de governo (segurança jurídica) e a impossibilidade de se transferir responsabilidades constitucionalmente fixadas para órgãos diferentes daqueles a quem a Constituição a atribui, decorrem de dois princípios: "princípio da tipicidade" e "princípio da indisponibilidade da competência", respectivamente; os quais em conjunto compõem o conteúdo do "princípio do juiz natural"[395].

---

[392] Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., op. cit., p. 61.

[393] Em todos os projetos o objeto são os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos, neste particular os projetos referidos repetem os termos do CDC, deixando de progredir na conceituação mais precisa dos direitos individuais homogêneos, bem como de resolver o problema básico de sua aplicação, caracterizando-os, expressamente e de uma vez por todas, como direitos coletivos *lato sensu.*

[394] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. 2ª Reimpressão. Coimbra, Portugal: Almedina, 2006, p. 539.

[395] Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., op. cit., p. 132. Os autores ainda advertem: "No entanto, o STF admite que se reconheça a existência de competências implícitas: quando não houver regra expressa, algum órgão jurisdicional haverá de ter competência para apreciar a questão. Veja o caso dos embargos de declaração: não regra constitucional que preveja como competência do STF ou do STJ o julgamento de embargos de declaração

A "competência de foro" decorre da idéia de limites territoriais, nos quais o magistrado exerce suas atribuições. De acordo com os artigos 251 e 252 do CPC, onde houver mais de um juiz ou mais de um escrivão os processos deverão ser distribuídos por sorteio dentre aqueles abstratamente competentes.

Acerca de "competência por dependência", Nelson Nery Jr. e Rosa Nery esclarecendo que esta modalidade é determinada pela "dependência funcional sucessiva", portanto absoluta. Identificada pelo magistrado a conexão ou continência, bem como se se tratar das ações secundárias previstas no CPC (art. 253, parágrafo único), estabelece-se a competência funcional sucessiva do juízo para julgar, concomitantemente, a causa principal e a que lhe for distribuída por dependência[396].

O artigo 2º da LACP estabelece que é competente para julgar a ação civil pública o foro do local do dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa. Diante da objetividade da Lei Federal em análise, torna-se evidente o caráter absoluto da competência para ação civil pública[397].

Uma questão surge em torno desse assunto: essa regra do artigo 2º é espécie de normas que delegam à Justiça Estadual competência da Justiça Federal, na forma do artigo 109, § 3º, da Constituição Federal, nas Comarcas onde houver sede da Justiça Federal, com recurso para o Tribunal Regional Federal? Atualmente a resposta é negativa, tendo em vista decisão do STF, mas que já foi positiva, tendo sido inclusive objeto de enunciado da súmula da jurisprudência predominante no STJ[398].

Em sendo o dano de repercussão regional ou nacional, vem do CDC a resposta para o problema. O dispositivo que regula o a situação é o artigo 93, o qual ressalva a competência da Justiça Federal, e estabelece a competência justiça local: a) no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; no foro da capital do estado ou no do distrito federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

Longe de pacificar a situação, o artigo 93 dá margem a duas interpretações nas hipóteses de dano nacional: a) há quem defenda a existência de foros concorrentes: capital dos Estados-membros e o do Distrito Federal. b) há quem afirme que, nessas hipóteses, a

---

interpostos contra as suas decisões, embora seja inegável que a atribuição de competência para julgar determinadas causas embute, implicitamente, a competência para julgar esse recurso".

[396] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual extravagante em vigor.** 4. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 179.

[397] MOREIRA, José Carlos Barbosa. A expressão "competência funcional" no art. 2º da lei da ação civil pública". In: **A ação civil pública após 20 anos**: efetividade e desafios. Coordenado por Edis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 247-255.

[398] Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., op. cit., p. 139.

competência seria exclusiva do foro do Distrito Federal. O STJ, revendo ambos os lados da controvérsia, com voto divergência proferido com ampla fundamentação pelo Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, resolveu entender o foro do Distrito Federal como o único competente nesses casos[399]. No entanto, a questão não está de todo resolvida na doutrina, devendo ser enfrentada definitivamente pelo Congresso Nacional ao tempo da votação do CBPC.

Segundo Robert Alexy não há como negar que existem competências do cidadão que necessitam de proteção jusfundamental. Muito embora o legislador tenha violado normas consideradas de direito fundamental, isso não revogou a competência, por exemplo, de celebrar matrimônio, fundar associações, adquirir propriedade ou tomar de última vontade. Percebe-se com isto, que não há suficientes estudos no que se refere à função das competências no âmbito das disposições jusfundamentais. Assim, faz-se necessário para poder aferi-las de maneira precisa, apurar sua relação com os direitos a algo e com as liberdades[400].

O Tribunal Constitucional Federal ao basear tal direito a uma competência menciona que: "Esta competência é também um elemento constitutivo básico da liberdade de ação no âmbito da ordem da propriedade. Portanto, uma proibição de alienação é uma das intervenções mais graves neste âmbito da liberdade do cidadão"[401].

O cerne dogmático da teoria da garantia institucional que foi idealizada segundo Robert Alexy, por Martín Wolff, expandida por Carl Schmitt e recepcionada pelo Tribunal Constitucional Federal, consiste num impedimento direcionado ao legislador, na acepção da não supressão ou alteração essencialmente, de certas instituições jurídicas de direito privado. São conjuntos normativos que, basicamente, versam acerca de normas de competência. Tal garantia institucional apresenta-se assim, como um impedimento apontado ao legislador no sentido de não abolir certas competências do cidadão[402].

Observa ainda o autor alemão que, quão intensamente mais individualista se mostra uma teoria normativa dos direitos fundamentais, em maior dimensão será a quantidade de direitos a competências que aquela cuidará. E a explicação para tal fato está na relação existente entre liberdade e competência. Por meio da concessão de competências, estende-se o âmbito de ação do indivíduo. Assim, ao se conjeturar a hipótese onde o desempenho da

---

[399] Julgamento do Conflito de Competência 26.842-DF, cujo acórdão foi publicado em 05 de agosto de 2002, referenciado por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., op. cit., p. 141.
[400] ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2002, p. 236.

[401] BVerfGE 26, 215 (222). Robert Alexy, ibid, p. 237.
[402] Robert Alexy, ibid, p. 237.

competência não se mostre ordenado ou proibido, um possível aumento das competências do indivíduo consistirá numa ampliação na sua esfera de liberdade jurídica. Dessa forma, a liberdade jurídica para efetivar um ato jurídico, implica essencialmente na competência à respeito[403].

Igualmente, em outra questão apresenta importância a discussão da relação entre a competência e a liberdade jurídica. Assim, se na outorga de uma liberdade jurídica, a ordem jurídica, diante de uma opção de ação, posiciona-se de maneira passiva, no outorgamento de uma competência por sua vez, procede de modo ativo, instituindo com isso, uma alternativa de ação.

Apresenta-se a outorga de competências, segundo Robert Alexy, tanto as de direito privado como as de direito público, como uma das três maneiras pelas quais, a ordem jurídica têm a possibilidade de alargar de modo ativo, o âmbito de ação e, conseqüentemente, a chamada liberdade negativa do indivíduo. Verifica-se, portanto, que o emprego de competências, além de acarretar deveres, gera também os chamados não-direitos e as não-competências. Circunstância essa que, em não alterando em coisa nenhuma o fato de que as liberdades ativamente criadas são liberdades, conduz ainda, ao tema da repartição correta de liberdades[404].

Em correspondência à chamada competência do cidadão, está a competência do Estado, ou seja, dos seus órgãos. Nesse ponto, estão em questão as normas jusfundamentais como sendo normas de competência negativas. Segundo Robert Alexy, norma de competência negativa é aquela que restringe uma norma de competência positiva. Ademais, as normas de competência negativas, edificam cláusulas de exceção no que tange às normas de competência positivas. Assim sendo, assentam o Estado numa posição de não-competência e os cidadãos em uma de não-sujeição.

Nesse sentido, se diante do Estado, o cidadão se acha numa condição de não-sujeição, terá este continuamente frente àquele, um direito no qual o Estado não possa interferir na esfera da não-sujeição. Assim, não é apenas plausível e não lesivo discorrer acerca de normas de competências negativas e de não-sujeições e não-competências, como também é funcional fazê-lo. Se assim não fosse, a insuficiência dos atos de cominação de normas, os quais desabam no campo da não-competência, somente poderia ser explicada parcialmente.

Tal carência teria de ser interpretada como decorrência jurídica não de um transpasse de competência, e sim de uma transgressão de uma proibição. Ao se acolher tanto uma norma

[403] Robert Alexy, ibid, p. 238.
[404] Robert Alexy, ibid, p. 239.

de proibição quanto uma norma de competência negativa, poder-se-á esclarecer com o auxílio da primeira, a designação de proibida e com o apoio da segunda, a denominação defeituosa[405].

3.18 Limites territoriais à eficácia das sentenças oriundas de ações coletivas

Os artigos 16 da LACP e 2º-A da Lei Federal nº 9.494/97, restringem a eficácia subjetiva da coisa julgada oriunda do processo coletivo, impondo limites territoriais; doravante, o âmbito da jurisdição do órgão que profere a sentença[406].

Grande debate surge em derredor dessa questão. Com exatidão Nelson Nery Jr., inferiu que o dispositivo levaria a uma situação curiosa: a sentença brasileira produziria efeitos em qualquer território do globo terrestre, para isto, bastando que seja homologada por tribunal internacional competente; bem assim, sentença estrangeira também produziria efeitos em todo território brasileiro, desde que submetida ao crivo do STJ[407]. Ao passo que uma sentença coletiva brasileira apenas produziria efeitos nos limites territoriais do juízo prolator. Com razão o autor denuncia tal incoerência e levanta a seguinte proposição: "Seria o caso de submeter essa sentença ao STJ, para que ela pudesse produzir efeitos em todo território nacional[408]"?

Situação curiosa é apresentada por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. Suponha-se que uma ação civil pública – cujo objeto diga respeito a uma categoria de servidores públicos federais, por exemplo – pudesse surtir seus efeitos apenas entre os substituídos que tenham, na data da propositura da demanda, domicílio no lugar do órgão prolator, estar-se-ía, reflexamente, defendendo: a) a possibilidade de ajuizamento de inúmeras outras ações civis

---

[405] Robert Alexy, ibid, p. 240.

[406] "Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (LACP). Art. 2º- A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços (Lei Federal nº 9.494/97)".

[407] Conforme a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que concedeu ao STJ essa nova competência originária, antes atribuída ao STF (art. 105, I, "i").

[408] Trecho da argüição oral do concurso da Professora Teresa Wambier para tornar-se Livre-docente na PUC-SP, em setembro de 2004, referenciado por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., op. cit., p. 145-146.

públicas, de igual teor, por todo território pátrio remanescente; b) a existência de decisões dissonantes, o que implicaria numa possibilidade inaceitável: servidores de uma base territorial fruindo de um direito que foi negado a servidores de outras localidades, nada obstante as situações fossem idênticas[409].

José Marcelo Vigliar, em defesa da inconstitucionalidade, propõe argumento de forte substrato lógico, consubstanciado na seguinte questão: "Se o interesse é essencialmente indivisível... como limitar os efeitos da coisa julgada a determinado território?[410] A essência da tutela coletiva é a unidade obtida através da convergência de direitos, ou seja, são direitos que se dirigem a um mesmo ponto, de modo que uma decisão racional não poderia quebrar, nem romper com essa unidade de se sentido[411].

Por fim, independentemente da direção por onde caminham os julgados dos STJ, dois posicionamentos em prol da inconstitucionalidade deslindam o assunto. Ambos os argumentos dizem respeito ao princípio da razoabilidade (desenvolvimento do princípio da proporcionalidade[412]). O primeiro, vem de Nelson Nery Jr., e assegura que a norma, na redação dada pela Lei Federal nº 9.494/97, encontra-se eivada de inconstitucionalidade, por ferir o princípio do direito de ação (art. 5º XXXV, CF/88), da razoabilidade e da proporcionalidade e porque o Presidente da República a editou, por meio de medida provisória, sem que houvesse autorização constitucional para tanto, considerando que não havia urgência. O autor ainda destaca que o texto anterior vigorava há doze anos, sem o oferecimento de qualquer resistência[413]. O segundo posicionamento traduz o pensamento de Aluisio Gonçalves de Castro, que de modo cabal informa que tal inovação é manifestamente inconstitucional porque afronta o poder de jurisdição dos magistrados, a razoabilidade e o devido processo legal[414].

---

[409] Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., op. cit., p. 148.
[410] VIGLIAR, José Marcelo. **Ação civil pública.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 120.
[411] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**: lei 7.347/85 e legislação complementar. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 296-297.
[412] Robert Alexy identifica o princípio da proporcionalidade em sentido estrito com o método da ponderação de bens, eis que, nas hipóteses de colisão de direitos fundamentais, "cuanto mayor es el grado dela nosatisfacción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del outro". Portanto, se faz necessário verificar a relação de precedência entre as normas em tensão (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fudamentales.** Tradução de Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 161).
[413] NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria. **Código de Processo civil comentado e legislação extravagante,** op., cit., p. 1.558.
[414] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 265.

3.19 Litispendência, conexão e continência

Dá-se litispendência quando se constata a existência simultânea de duas ou mais demandas derredor da mesma relação jurídica. Noutras palavras, quando se repete uma ação já em curso. Uma ação é repetida quando é idêntica a outra: mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido; tudo em harmonia entre si (art. 301, CPC).

Nada obstante o texto seja de fácil interpretação, duas dificuldades aparecem quando o assunto é tutela coletiva. A primeira decorre do fato de que os autores são substitutos processuais (agem em nome próprio mas também em defesa de direito alheio), o que faz perquirir se seria possível litispendência entre uma ação coletiva e uma individual. Em seguida, os legitimados em rol de lei têm a legitimidade ativa concorrente e disjuntiva. Significa que todos são legitimados de uma só vez, sendo suficiente que apenas um impetre o pedido. Considerando, então, que é possível ajuizar a demanda coletiva isoladamente, questiona-se: a ação coletiva impetrada por um co-legitimado induz litispendência para outra demanda coletiva proposta por outro representante igualmente legítimo?

Todo esboço de resposta para essas questões implica, necessariamente, em, ainda que breve, revisão em torno dos elementos da ação, ou seja: as partes, o pedido e a causa de pedir.

Elemento subjetivo da ação, "as partes" classificam-se em "ativas" (aquela que provoca a demanda) e "passivas" (a que sofre a provocação). As partes ativas encontram-se previstas de modo inequívoco nas diversas leis que tratam da tutela coletiva, sendo legitimadas por substituição processual, concorrente e disjuntiva, que assumem posição processual equivalente ao titular do direito no processo civil clássico, podendo, inclusive, atuar em litisconsórcio ou isoladamente.

Em matéria de ações coletivas a substituição processual é exclusiva; destarte, não se admite legitimados extraordinários[415] em concorrência com os titulares dos direitos afirmados em juízo, excetuando-se, a hipótese de comunidade indígena[416]. Contudo, é oportuno lembrar que, em se tratando de uma "ação coletiva passiva", a *contrario sensu*, é no pólo passivo que se encontrará a legitimação extraordinária exclusiva.

---

[415] Pontes de Miranda (*apud* Roberto Senise Lisboa, op. cit. p. 33) há muito já apontava para a possibilidade da legitimação extraordinária: "É o que se conclui da colocação feita por Pontes de Miranda, segundo o qual, havendo interesse legítimo – econômico ou moral -, pode-se intentar a ação, ainda que o interessado não seja o titular do direito subjetivo".

[416] Estabelece o artigo 232 da Constituição Federal: "Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo".

Pedido é o que o autor pretende obter do Estado-juiz. O pedido pode ser "mediato", quando visa a satisfação de obrigação relacionada a um "bem da vida" ou circunstância de direito que o autor busca atingir de "imediato", consubstanciada numa prestação jurisdicional, tipo de tutela ou providência judicial desejada.

Por fim, muito importante quando se ingressa com um pedido, especialmente se junto ao Poder Judiciário, é o último dos elementos arrolados: a causa de pedir ou *causa pretende*. Este elemento basicamente se compõe do fato jurídico e do direito visado pela parte autora.

Como se observa, um esquadrinhamento preciso do direito perscrutado, além de facilitar a identificação de litispendências, aumenta as possibilidades de se obter um andamento eficiente da demanda. Assim, passemos à análise das dificuldades em torno da identificação do litígio coletivo[417].

3.19.1 Litispendência entre litígios coletivos

Já é perceptível, portanto, que a correta identificação dos elementos da ação é suficiente para prevenir a litispendência entre ações coletivas. Assim, o presente ponto volta-se para a análise de alguns aspectos relevantes nesta empreitada.

Como anunciado, a identidade da parte autora de modo algum contribui para a configuração da litispendência coletiva[418]. Ou seja, em demandas coletivas, não é necessária a identidade da parte autora para a conformação da litispendência; basta a identidade de pedido e da causa de pedir. Enfim, a vindicação da identidade tríplice para a configuração da litispendência não é aplicável às demandas coletivas.

Bem identificado o direito (se é difuso, coletivo ou individual homogêneo), o magistrado poderá comparar com a demanda já em andamento. Caso esta aborde direito transindividual diferente daquela, não ocorrerá litispendência; entretanto, este não é fator impeditivo para que haja conexão ou continência. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. 1. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado. 2. Harmonia entre a fundamentação desenvolvida e a

[417] Neste sentido, interessante notar que não gera litispendência entre ação ajuizada pelo MP em defesa de direito difuso e a ação ajuizada por associação, em defesa dos interesses dos seus membros, que busca constituir ou impedir a lesão a direitos individuais homogêneos, precisamente porque são litígios que versam sobre direitos diversos, não de identidade entre as causas de pedir próximas de uma e outra ação.

[418] No caso da ação coletiva passiva, essa irrelevância dirá respeito ao pólo passivo.

conclusão firmada. 3. Apreciação da matéria jurídica suficiente para impor entrega da prestação jurisdicional completa. 4. Acórdão que decidiu: "PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE CONEXÃO. AÇÃO CAUTELAR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RÉUS DIFERENTES"[419].

Em ações coletivas existem inúmeros co-legitimados a agir em defesa de um mesmo direito, cuja finalidade (benefício) se dirige a um único sujeito de direito: a coletividade. Deste modo, o que interessa para a conformação da identidade entre litígios coletivos é a precisa equivalência entre o pedido e a causa de pedir, considerando que são muitos os extraordinariamente legitimados a litigar em defesa do sujeito titular do direito substancial perquirido.

Também por uma questão de economia, em se verificando litispendência com partes diversas, a saída não pode ser a extinção de um dos processos, mas a sua reunião para que sejam processados num mesmo feito, sempre que for possível a compatibilização entre os procedimentos, bem como o acatamento às regras de competência absoluta. Do contrário, não adiantaria muito extinguir um dos processos, levando em conta que os outros co-legitimados, na qualidade de assistentes litisconsorciais, poderiam intervir no processo remanescente.

Assim, nada obstante, existem várias modalidades de tutela coletiva (mandado de segurança coletivo, ação civil pública, ação popular etc.), é plenamente possível a litispendência entre demandas coletivas que tramitem sob procedimento distinto. Destarte, pode se verificar litispendência entre ação civil pública e ação popular ou entre esta e um mandado de segurança coletivo. Nestas circunstâncias a conformação da litispendência dependerá da identidade do pedido e da *causa pretende*.

Como afirmado anteriormente, além da impossibilidade de litispendência entre uma demanda coletiva que versa sobre direitos difusos e outra relacionada a direitos individuais homogêneos, isto porque as causas de pedir são diferentes, a procedência da ação coletiva em

---

[419] Vejam os respectivos fundamentos: "1. Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal contra autarquia federal insurgindo-se sobre a compulsoriedade da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos - CBHPM. 2. Ação Cautelar Inominada preparatória movida pela Sociedade Brasileira de Urologia contra a Sul América Companhia de Seguros Saúde visando aplicação da tabela de honorários advocatícios e procedimentos médicos denominada Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM). 3. Ação Civil Pública da competência da Justiça Federal. 4. Ação Cautelar da competência da Justiça Estadual. 5. Inexistência de identidade entre partes. Pretensões que, em tese, se diferenciam. 6. Conflito de competência positivo não configurado. 7. Não-conhecimento do conflito." 5. Embargos rejeitados. Acórdão. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Franciulli Netto, Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda e Francisco Peçanha Martins votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão. (Proc. EDcl no Código Civil 45766/BA EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA 2004/0109160-1, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO (1105), S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/06/2005, publicado no DJ 08.08.2005 p. 177)".

defesa de direito difuso torna despicienda a ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos, em razão da extensão *in utilibus* da coisa julgada coletiva. Verifica-se, portanto, uma relação de preliminaridade que gera conexão a importar reunião dos processos para persecução concomitante.

Já que o procedimento é irrelevante para a configuração da litispendência, levando em conta que a jurisdição dos direitos coletivos é atípica, ainda que perfeitamente viável que uma ação civil pública trate do mesmo assunto (com mesmo objeto inclusive) que uma ação popular (nada obstante, ambas tenham procedimentos diferentes), haveria litispendência se ajuizadas ao mesmo tempo. Contudo, esta litispendência não poderia determinar a extinção do segundo processo (AP), pois, deste modo, estaria vedando a iniciativa do cidadão, o que iria de encontro à própria Constituição Federal (art. 5º, LXXIII), podendo, no máximo, ocorrer a reunião dos feitos ou, na impossibilidade, a suspensão do processo nos termos do artigo 265, IV, CPC[420].

3.19.2 Ação coletiva e litispendência entre litígios individuais

O artigo 104 do CDC determina que não há litispendência entre ações individuais e coletivas. "As ações coletivas, previstas no incisos I e II do parágrafo único do artigo 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada "*erga omnes"* ou "ultra partes" a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva".

Não poderia ser diferente, já que não se trata do mesmo direito posto em causa.

Em demandas coletivas se persegue direito coletivo em sentido amplo, com seus titulares definidos no CDC, enfim, um direito subjetivo coletivo. Por seu turno, nas demandas individuais se busca a concretização de um direito individual, ou seja, visa à obtenção de satisfação de um "interesse pessoal", de modo que não se verificando, portanto, a presença do "interesse público", também se exclui qualquer possibilidade de aplicação da via coletiva para esses casos.

Surge, entretanto, alguma discordância na doutrina derredor do assunto.

---

[420] Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., op. cit., p. 164-165.

Para Wilson de Souza Campos Batalha o ajuizamento de mandado de segurança coletivo por substituição processual impede a renovação do pedido em postulação solitária (substituído ou representado). Também, substituído ou representado, não é admissível como litisconsorte ou assistente, já que não existe litispendência entre ações coletivas e individuais[421].

Diferentemente, na reflexão de Teori Albino Zavaski[422], especificamente em relação à segurança coletiva, o seu ajuizamento anterior à demanda individual, gera continência, em razão da maior amplitude do objeto; de outro modo – ajuizamento posterior à demanda individual – ocasionará litispendência.

Consoante informa Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr, o artigo 104 do CDC não determinou a exclusão expressa da litispendência entre ação coletiva que disputa esses direitos e ação individual, como fez quanto aos incisos I e II do artigo 81 do CDC[423]. Todavia, o terceiro inciso do artigo 103 prevê a existência dos direitos individuais homogêneos. De fato, a leitura desses dispositivos permite a interpretação de que houve falha na redação da lei, de modo que a responsabilidade dos aplicadores e o comprometimento com a substância mesma do direito, o desapego à forma, são ainda mais caros nesses momentos de insuficiência da lei.

Igualmente não haverá litispendência entre direitos individuais homogêneos e ação individual em sentido estrito. Isto porque não é possível vedar acesso à justiça ao titular de direito individual por seus próprios meios e, ao mesmo tempo, não são eles legitimados a ajuizar individualmente a demanda coletiva porque os direitos individuais homogêneos são indisponíveis para o grupo de vítimas. Para eliminar qualquer arbitrariedade, a saída é aplicar o disposto no artigo 94 do CDC, o qual regula a ação coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos[424].

Por fim, não ocorrerá litispendência entre a ação individual e a ação coletiva, e vice versa, de modo que o ajuizamento ulterior de demanda individual importará exclusão do

---

[421] ALVIM, Teresa Arruda. **Apontamentos sobre ações coletivas.** Revista de Processo, São Paulo: v. 19, nº 75, p. 273-283, jul. / set. 1994, p. 283.
[422] Teori Albino Zavaski, op. cit., p. 25.
[423] Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., op. cit., p. 168.
[424] Sobre esse instituto no *common law* conclui José Rogério Cruz e Tucci: "... extensão *ultra partes* (em sentido formal) dos efeitos da sentença, a menos que não tenha havido *fair notice* do processo, ou o exercício do direito assegurado a todos os interessados, de serem considerados como não integrante do grupo (*rigth to opt out*)" (TUCCI, José Rogério Cruz e. ***Class action* e mandado de segurança coletivo.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 34). Como afirmado alhures, a publicação de edital no órgão oficial, ampla divulgação pelos meios de comunicação social (semelhante ao *fair notice* dos sistema das *class actions*), permite a intervenção daqueles que desejam ingressar no processo como litisconsorte e, assim, sofrer os efeitos da coisa julgada *pro et contra.*

indivíduo-autor de eventuais prejuízos advindos da sentença coletiva, caso seja devidamente comprovado que ele foi comunicado do ajuizamento da demanda coletiva e optou por ser excluído dos efeitos da decisão coletiva (*rigth to opto ut*).

Em havendo ajuizamento coletivo posterior, os autores das ações individuais deverão requerer suspensão das respectivas ações no prazo de trinta dias a contar da ciência nos autos da existência da demanda coletiva, sob pena de também serem alijados dos efeitos da sentença coletiva (art. 104, *caput*, segunda parte).

3.19.3 Continência entre ação coletiva e ação individual

Seria plausível considerar o pedido da demanda coletiva mais amplo do que o da demanda individual e, assim, admitir a existência a possibiliade de continência entre essas ações?

Para Ricardo de Barros Leonel não é possível falar em continência, porque, além da diversidade da parte ativa, as causas de pedir dessas ações dificilmente seriam idênticas, e os pedidos sempre distintos. A questão não reside na heterogeneidade quantitativa, como as aparências sugerem, mas sim qualitativa, a inviabilizar por absoluto a continência entre as demandas coletiva e a individual[425].

Segundo o autor, não existe continência nem mesmo entre ação coletiva que versa sobre direitos individuais homogêneos e ação individual. Entretanto, o autor reconehce que pode existir conexão entre uma ação individual e uma ação coletiva, o que implicará na reunião dos processos se, no caso concreto, essa providência revelar-se em conformidade com algum proveito para ambos os conflitos (aproveitamento da prova produzida, por exemplo)[426]. Conexão ou continência, o efeito jurídico é o mesmo: a reunião dos processos.

Concordamos, entretanto, nessa matéria, com Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr., quando ponderam que não parece que o efeito da conexão/continência entre ação coletiva e ação individual deva ser o da reunião dos processos, que de fato implicaria em mais dificuldades na condução dos procedimentos. "A proposta do CBPC-IBDP é mais

[425] LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 255.
[426] Ricardo de Barros Leonel, ibid., 255.

interessante, autorizando a suspensão do procedimento da ação individual, à espera do julgamento da causa coletiva, até mesmo *ex officio,* pelo tribunal (art. 6º, § 3º e 4º)"[427].

3.19.4 A alteração da competência em sede de litígios coletivos

Para avaliar situações de alteração de competência, é preciso levar em conta a classificação da competência em "absoluta" e "relativa".

Suceder-se-á a modificação-prorrogação de competência diante do alargamento da competência de um órgão judiciário para conhecer certas causas que não estariam, ordinariamente, incluídas em suas atribuições. Os artigos 102 e 114, ambos do CPC, determinam que só é possível a mudança da competência relativa. Contudo, estas são regras gerais, elaboradas para um contexto individualista e não se aplicam à tutela coletiva nesse ponto.

Em processos coletivos incidem as hipóteses de modificação legal. Existem situações de modificação legal (conexão e continência) e voluntária (foro de eleição e não oposição da exceção de incompetência) da competência. Levando em conta que ba competência territorial é absoluta, em demandas coletivas não é possível a exceção de incompetência relativa, exceto se o objetivo for o descumprimento da cláusula de foro de eleição, determinada por compromisso de ajustamento de conduta, algo perfeitamente lícito, desde que não comprometa a efetividade dos direitos coletivos[428].

3.19.5 Modo de argüição da conexão ou continência

Tanto a conexão quanto a continência podem ser alegadas por qualquer das partes, como, igualmente, podem ser reconhecidas *ex officio* pelo magistrado. Em regra, a conexão é

---

[427] Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr., op, cit., p. 172.

[428] "Poderia argumentar-se que, sendo absoluta a competência territorial, não caberia escolha do foro. O argumento, porém, não é suficiente para impedir a interpretação ora defendida: a) embora as hipóteses de competência reguladas pelo CPC dirijam-se às regras de competência relativa, nas causas coletivas elas implicam alteração de competência absoluta. b) em causas coletivas é comum haver foros concorrentes, sendo lícito para as partes, no compromisso de ajustamento de conduta, a escolha de um deles, sem que isso comprometa a efetividade da tutela coletiva" (Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr., op, cit., p. 173).

argüida logo na peça vestibular, oportunidade que, em caráter preliminar, já se pede, a distribuição por dependência, nos termos do artigo 253, inciso I do CPC.

O réu pode argüir conexão em preliminar de contestação. Todavia, a conexão não pode ser alegada por exceção de incompetência, isto porque este instituto pressupõe que o juízo era competente e teve a sua competência alterada.

A suspensão do processo, que é um efeito peculiar da exceção de incompetência, não se verifica na argüição de conexão, ainda que realizada, erroneamente, pela via de exceção instrumental[429].

3.19.6 Prevenção

É lugar comum que a prevenção consiste na forma de fixação do juízo competente. Dessa forma, em havendo competência concorrente, as regras de prevenção muitas vezes servem para definir o juízo competente, para processar e julgar abstratamente a demanda, entre os vários juízos de idêntica competência.

No ordenamento jurídico brasileiro o elemento identificador do juízo prevento é o cronológico ou temporal. Neste sentido dispõe o CPC que tramitando em separado ações conexas perante juízes de idêntica competência territorial, considerar-se-á prevento aquele que primeiro despachou (art.106); bem assim, a citação uma vez válida tem o condão de tornar prevento o juízo, induzindo em litispendência e fazendo litigiosa a coisa (art. 219). Para esse efeito, considera-se proposta a ação após ser despachada pelo juiz a petição inicial, ou simplesmente distribuída, se houver mais de uma vara na respectiva jurisdição (art. 263). Como se verifica, esta lógica está em consonância com o artigo 2º da LACP: "a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto" (parágrafo único acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35 de 2001).

3.19.7 Da não existência de um juízo prevento universal

[429] Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr., op, cit., p. 173.

Como afirma Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., o que define a universalidade não é a mera prevenção da competência do juízo para impedir a ocorrência de decisões contraditórias (regra geral do CPC), mas a assunção deste juiz da competência absoluta territorial (art. 3º da Lei nº 11.101 de 2005)[430].

O autor em referência bem observa que de fato parece que, ao se inserir o parágrafo único, ao artigo 2º da LACP, adveio uma espécie de conexão que abre a faculdade de alteração da competência absoluta, a propiciar a reunião dos processos para concomitante julgamento. Entretanto, como o próprio autor demonstra, trata-se apenas uma mera aparência.

Assim, aderimos ao posicionamento dos autores acima citados, bem como ao de Marcelo Abelha Rodrigues, para quem, no que tange à conexão, a diretriz que prevê a reunião dos processos é cogente. Deste modo, não será admitida interpretação diversa da que não seja a da obrigatoriedade da reunião, nada obstante seja absoluta a competência territorial para esta modalidade de demandas[431].

3.20 Contributo do princípio da eventualidade para a sistematização de demandas coletivas e o princípio da boa-fé enquanto critério informador

Como informa Rogério Cruz e Tucci, o princípio da eventualidade tem importância capital no direito brasileiro, pois constitui pressuposto da denominada teoria da substanciação[432], que muitos autores já consideravam adotada pelo Código de Processo Civil (art. 282, incisos III) e que nós acreditamos ser condição *sine qua non* para uma efetiva e eficiente prestação jurisdicional coletiva. Em muitos casos, especialmente quando se pede antecipação da tutela, a aplicação da regra da eventualidade chega a ser condição de eficácia (possibilidade jurídica) do direito de ação. Dirley da Cunha Júnior, adverte que, em tendo a ação civil pública por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz poderá

---

[430] Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., op. cit., p. 175.
[431] Marcelo Abelha Rodrigues, op. cit., p. 132.
[432] CRUZ E TUCCI, Rogério. **A *causa pretendi* no processo civil brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 88.

antecipar a tutela "liminarmente" nos termos do artigo 84, § 3º, do CDC, aplicável a ACP com lastro no artigo 21 da LACP[433].

Nesse sentido, em caráter inovador, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL DE **ANTECIPAÇÃO DE TUTELA**. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. MEDIDA EXECUTIVA. POSSIBILIDADE, IN CASU. PEQUENO VALOR. ART. 461, § 5.º, DO CPC. ROL EXEMPLIFICATIVO DE MEDIDAS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO. NOVEL ENTENDIMENTO DA E. PRIMEIRA TURMA[434].

---

[433] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática.** Salvador: JusPODIUM, 2006, p. 106.

[434] Vejam *in literis* os argumentos: "1. O art. 461, §5.º do CPC, faz pressupor que o legislador, ao possibilitar ao juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas assecuratórias como a "imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial", não o fez de forma taxativa, mas sim exemplificativa, pelo que, in casu, o seqüestro ou bloqueio da verba necessária à aquisição da prótese objeto da tutela deferida, providência excepcional adotada em face da urgência e imprescindibilidade da prestação dos mesmos, revela-se medida legítima, válida e razoável. 2. Recurso especial que encerra questão referente à possibilidade de o julgador determinar, em ação que tenha por objeto procedimento cirúrgico necessário a pessoa portadora de obesidade mórbida, hipertensão arterial e artropatias, medidas executivas assecuratórias ao cumprimento de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela proferida em desfavor de ente estatal, que resultem no bloqueio ou seqüestro de verbas deste depositadas em conta corrente. 3. Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo por em risco a vida do demandante. 4. Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. Não obstante o fundamento constitucional, in casu, merece destaque a Lei Estadual n.º 9.908/93, do Estado do Rio Grande do Sul, que assim dispõe em seu art. 1.º: "Art. 1.º. O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recurso indispensáveis ao próprio sustento e de sua família. Parágrafo único. Consideram-se medicamentos excepcionais aqueles que devem ser usados com freqüência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente." 5. A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana. 6. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados. 7. In casu, a decisão ora hostilizada importa na negativa do bloqueio de verba pública no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) para realização de cirurgia de obesidade mórbida com banda gástrica, para portadora de obesidade mórbida, hipertensão arterial e artropatias. 8. Por fim, sob o ângulo analógico, as quantias de pequeno valor podem ser pagas independentemente de precatório e a fortiori serem, também, entregues, por ato de império do Poder Judiciário. 9. Agravo regimental desprovido. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda

Em sua conceituação ampliativa, é princípio segundo o qual as partes têm o ônus de apresentar, concentrada e simultaneamente, em um único ato, todas as alegações e meios de prova pertinentes, ainda que de natureza diversa ou incompatíveis entre si, para a eventualidade de não ser acolhido algum dos argumentos utilizados, cabendo ao juiz utilizar o subseqüente[435]. Também denominado de "princípio de ataque e defesa global", "princípio de acumulação eventual" ou "princípio da concentração"[436], entendemos que este substrato conceitual e principiológico coaduna com evidente caráter público da ação coletiva, especialmente em face do instituto *fair notice*, próprio das *class actions* norte-americanas, mas comum ao processo coletivo brasileiro, o qual basicamente consiste em citar as partes e informar amplamente (publicidade e transparência) acerca da demanda coletiva ajuizada, sob pena de arcar com as conseqüências oriundas da coisa julgada coletiva.

Muito próximo da celeridade e da economicidade, o princípio da eventualidade, até então abordado especialmente sob o prisma de um processo civil liberalista focado no "individualismo", denota clara teleologia voltada para a aproximação entre o direito material e o direito processual, revelando, pois, vocação precípua para as demandas que envolvem "litigação de massa", notadamente em razão do estreito liame que tem com os princípios aplicáveis ao processo coletivo, quais sejam: princípio da universalidade da jurisdição e da primazia da tutela coletiva adequada (eficiente); princípio da participação; princípio do contraditório; princípio do ativismo judicial; princípio da instrumentalidade substancial das formas e do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo; princípio da ampla divulgação da demanda e da informação aos órgãos competentes; princípio da "extensão subjetiva" da coisa julgada *secundum eventum litis* e princípio do transporte *in utilibus*; princípio da indispensabilidade (temperada) da demanda coletiva cognitiva e princípio da continuidade da demanda coletiva; princípio da obrigatoriedade da demanda coletiva executiva; princípio da "subsidiariedade", do "microssistema" (Código de Processo Coletivo), do devido processo legal coletivo ou da "aplicação residual" do CPC; princípio da não-taxatividade ou da atipicidade da ação coletiva; princípio da adequada representação e do

---

e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão (AgRg no REsp 880955 / RS AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2006/0193969-4. Rel. Ministro LUIZ FUX (1122). T1 - PRIMEIRA TURMA. Julgado em 02/08/2007. Publicado no DJ 13.09.2007 p. 168)".

[435] Cabe ressaltar que esta característica de subsidiariedade é mais próxima do processo civil clássico, onde o princípio da eventualidade residiu (e resistiu) timidamente, mas em estado de latência, até eclosão (nosso *devenir*) nos dias atuais.

[436] TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. **O princípio da eventualidade no processo civil.** Coleção temas atuais de Direito Processual Civil, v. 10. Coordenadores: Luiz Guilherme Marinoni e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 24.

controle judicial da legitimação nos processos coletivos, entre outros (conforme explanados alhures).

Basicamente, a idéia do presente postulado consiste na adoção de fase preparatória suficientemente ampla, na qual o juiz e as partes, em constante diálogo, possam estabelecer o objeto da ação, corrigindo e completando as alegações, pedidos e exceções apresentados, com vistas à decisão, bem como às particularidades do processo coletivo.

Noutras palavras, trata-se de um necessário mecanismo de otimização da prestação jurisdicional, que mais do que acelerar o processo, visa a viabilização de uma adequada tutela coletiva, assegurando às partes um instantâneo acesso a "todas" as provas do processo (inclusive as que ainda serão produzidas) - informações que incidem diretamente em diversos institutos do processo coletivo (como por exemplo: competência, conexão, continência, litispendência, prevenção etc.) -, trazendo implicações várias, todas benéficas em razão do evidente teor público dessas demandas; e contribuindo para um desfecho processual mais justo e eficaz.

Por todo o exposto, há que se concluir que o princípio da eventualidade constitui-se em utilidade que ultrapassa sua carga axiológica, chegando a assumir caráter empírico de regra, porquanto como conseqüência da lealdade patente ("boa-fé"), seja capaz de conferir segurança à demanda coletiva.

Acerca do tema, existe um magnífico trabalho de autoria de Edilson Pereira Nobre Jr., que, com precisão, apresenta os contornos do princípio da boa-fé na Administração Pública, os quais em muito adiantam a compreensão de sua aplicabilidade conjugada com o princípio da eventualidade, em face da insurgente análise meritória pré-contraditório, característica marcante das demandas coletivas.

Persegue o autor, através da análise do direito comparado, o real significado e alcance desse instituto. Do direito francês, extrai que o princípio da boa-fé passou a ser invocado como exigência de proceder com honestidade, de demandar com lealdade, da proscrição do abuso de direito no exercício de suas prerrogativas, tudo traduzido no dever de não enganar e de informação[437].

Do sistema espanhol, o autor destaca que o princípio da boa-fé pode operar como hábil critério informador, importante critério hermenêutico, além de servir de limite para o exercício de direitos e auxiliar como pauta de integração[438].

---

[437] NOBRE JUNIOR, Edílson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro.** Porto Alegre: SAFe, 2002.
[438] Edilson Pereira Nobre Jr., op. cit., p. 91-97.

Do código civil alemão, pós Primeira Grande Guerra, no campo das obrigações, exarou as funções de: a) regrar a maneira de realização da prestação; b) limitar o exercício de direitos subjetivos; c) limitar ou fazer desaparecer o dever de prestar em face de sua não-exigibilidade; d) propiciar a aplicação da teoria do desaparecimento da base do negócio; e) ensejar a criação de deveres particulares de conduta[439].

No direito italiano, o autor percebeu a relevância dispensada ao princípio da boa-fé, explicitando-o como obrigação geral de comportamento das partes segundo a pauta da *correttezza*, a ser adotada durante as negociações preliminares, a interpretação e execução do negócio jurídico, chegando a apontar a presença da boa-fé subjetiva, em sede de direitos reais[440].

O direito brasileiro, no código de 1916, de caráter fortemente individualista, não chegou a contar com cláusula geral de boa-fé, nada obstante, esta estivesse implícita em vasto rol de seus preceptivos[441]. Fato, aliás, que não impediu a ocorrência de vasta jurisprudência a fincar as bases sólidas do princípio da boa-fé.

Com o advento do CDC a boa-fé é definitivamente explicitada na redação dos artigos 4º, III, e 51, IV. Igualmente ocorre no Código Civil de 2002 (Lei Federal nº 10.406), onde se destaca a importância da boa-fé como pauta de conduta nas relações jurídicas. Isto se deve, à inegável publicização do direito após o reconhecimento da "litigação de massa", ocorrida, especialmente, nas últimas décadas do século XX.

Assim, Edilson Pereira Nobre Jr., encerra sua alvissareira explanação, lembrando que, de conceito indeterminado (multívoco), o princípio da boa-fé insere-se no sistema jurídico brasileiro por injunção implícita dos princípios constitucionais da justiça social (art. 3º, I, e 170, *caput*, CF), da moralidade (art. 37, *caput*, CF), da proporcionalidade e razoabilidade (art. 5º, XXXVI, CF); no plano infraconstitucional, está consignada como proposição de cunho geral no artigo 2º, parágrafo único, IV, da Lei nº 9.784 de 1999, juntamente com os artigos 4º, III, e 51, IV, do CDC[442].

Enfim, a presença preponderante do interesse social nos litígios de massa, de fato opera mutações no modo de ver o processo. Contudo, não existe interesse público em torno

---

[439] Edilson Pereira Nobre Jr., op. cit., p. 97-103.
[440] Edilson Pereira Nobre Jr., op. cit., p. 103-111.
[441] Carlos Ari Sundfeld informa que os princípios implícitos são tão importantes quanto os explícitos, portanto desconhecê-los é tão grave quanto desconsiderar quaisquer outros princípios; contudo, a dificuldade de captar a gama de princípios implícitos aplicáveis a dada situação advém do fato de exigir o conhecimento do ordenamento como um todo, que só se adquire após intensa vivência (SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público.** 4. ed., 7ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 150). Daí a utilidade formativa da menção expressa (em lei).
[442] Edilson Pereira Nobre Jr., op. cit., p. 309.

do qual não gravite interesse particular. Nisto se instala grau de insegurança a conferir importância ainda maior na positivação do princípio da boa-fé no processo coletivo, buscando, inclusive, responsabilizar, civil, e até penalmente, aquele que descumpri-lo.

4. AÇÃO CIVIL PÚBLICA: ASPECTOS PROCESSUAIS E MATERIAIS

4.1 Superação das dificuldades relacionadas à nomenclatura

Cumpre destacar que existe uma grande celeuma acerca da nomenclatura empregada. Debatem-se os doutrinadores para apontar uma incoerência terminológica consubstanciada no fato de estarem na mesma locução termos paradoxais como "civil" e "pública". A primeira fazendo menção à esfera privada ou ramo de direito privado. A segunda remetendo à idéia de ramo de direito público. A pergunta que se ergue é: é possível ser privado e público a um só tempo?

Alguns sustentam que levando em consideração a natureza pública e autônoma da ação, distinta do direito subjetivo material e, por conseqüência, a autonomia da relação jurídica processual, não seria tecnicamente adequado qualificar a ação de "civil" ou "penal", menos ainda "pública". Aliás, por este último prisma, ter-se-ia verdadeiro pleonasmo. Havendo necessidade de nominá-la, o "apelido" mais adequado seria "ação para a proteção dos direitos e interesses coletivos *lato sensu*".

Ao analisar o artigo 282 do CPC, entretanto, verifica-se que não consta como requisito processual a inserção do nome na petição inaugural do processo. O que força a conclusão de que tecnicamente ação não tem nome.

Mas como explicar a origem da nomenclatura? Verifica-se que o termo advém da sua propositura inicialmente ser feita pelo Ministério Público. Antes da vigência da denominada Lei nº 7.347/85, a Ação Civil Pública era definida como o direito conferido ao Ministério Público de fazer atuar, na esfera civil, a função jurisdicional. Então, a expressão surgia em razão da parte que promovia a ação, ou seja, o Ministério Público, e em contraste à ação penal pública, também de titularidade da instituição.

No Brasil a origem das ações civis públicas está na ação de responsabilidade por danos causados ao ambiente prevista na Lei Instituidora da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981, §1° do art. 14). Alguns anos se passaram até o surgimento da Lei da Ação Civil Pública (1985) e somente com o advento da Constituição Federal de 1988 que os interesses difusos e coletivos (propriamente ditos) passaram a ter proteção total.

Teori Albino Zavascki chaga a afirmar que os direitos individuais homogêneos não estariam sob o alcance da LACP, por não prestar-se, tecnicamente, o *nomen júris* à tutela de direitos dessa natureza. Vejamos, *in verbis*:

> No domínio do processo coletivo, seria importante ter presente que, quando se fala em ação civil pública (seja adequada ou não essa denominação que a Lei 7.347, de 1985, lhe atribuiu), está-se falando de um procedimento destinado a implementar judicialmente a tutela de direitos transindividuais, e não de outros direitos, nomeadamente os direitos individuais, ainda que de direitos individuais homogêneos se trate[443].

Segundo o autor, para esses direitos, o procedimento deveria ser outro; terminando, então, por sugerir diferente nomenclatura: "ação coletiva ou ação civil coletiva" - termos já empregados pelo CDC (art. 91) -, para logo depois reconhecer que tanto a legislação quanto as jurisprudências do STJ e do STF conferem a denominação de Ação Civil Pública para "todas, ou quase todas, as ações relacionadas com o processo coletivo, inclusive para as que tratam de direitos individuais homogêneos"[444].

Tal polêmica ganhou relevância a partir da alteração que o artigo 117 do CDC introduziu no Capítulo II do Título III do mesmo diploma legal, ao intitulá-lo "Das ações coletivas para defesa de interesses individuais homogêneos", levando a crer que alguma diferença material houvesse. Contudo, há muito já houve a desvinculação da ação civil pública como de titularidade exclusiva do Ministério Público – atualmente as associações e outros órgãos políticos do Estado também foram legitimados para o seu ajuizamento – e depois, já se acha plasmada a concepção da ação civil publica como ação coletiva.

Marinoni e Arenhart, ambos citados por Rodolfo de Camargo Mancuso, dão azo a discussão que ora se enfrenta nos seguintes termos:

> O direito positivo brasileiro contempla, basicamente, duas espécies de ações: uma para a tutela de direitos coletivos *stricto sensu* e difusos, e outra para a tutela de direitos individuais homogêneos, sempre influenciadas pela interferência existente entre a disciplina prevista pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei da Ação Civil Pública[445].

---

[443] Teori Albino Zavascki, op. cit., p. 65.
[444] Op. cit., p. 66.
[445] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei nº 7.347/85 e legislação complementar.** 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.24.

Em verdade, essa discussão, a qualquer pretexto - seja uma boa pedagogia, seja o aprimoramento da técnica -, faz lembrar das aulas primeiras do Curso de Direito, precisamente na cadeira de Direito Romano, quando aprendemos, com o exemplo da "videira", a rechaçar o apego exagerado à forma. Trata-se das *legis actiones*, quando se exigia absoluto rigor da *verba certa*.

Nessas lições, José Cretella Júnior cita o relato de Gaio num processo em que um dos litigantes foi prejudicado porque empregou a palavra *vites* (videiras), ao invés da palavra *arbores*, como ordenava a lei, nada obstante se tratasse mesmo de "videiras"[446]. Ademais, com vistas à teleologia, é de razão utilitarista optar pelo meio mais eficaz e, como dito por Rodolfo de Camargo Mancuso no mesmo trecho, o *nomen iuris* - ação civil pública – "já se encontra assentado e consagrado, irreversivelmente, na experiência jurídica brasileira".

4.2 Conteúdo jurídico da Ação Civil Pública

Apreende-se do preâmbulo da Lei nº 7.347/85 que: "Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências". Reproduzindo e reportando-se aos chamados "interesses difusos", encontramos idêntica terminologia em algumas passagens, senão vejamos: pelo artigo 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81 (que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente: (...) O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente"; ainda do artigo 25 da Lei Orgânica Nacional do MP (Lei nº 8.625/93) estabelece que compete ao MP, "além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis (...): IV – promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei". Nesse sentido, também se refere a lei paulista do MP (Lei Complementar 734/93, artigo 103, VIII). A Carta Magna reforça tal função instituição do MP em seu artigo 129, III: " para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos".

A defesa dos "bens ambientais" enquadra-se como um dos "interesses difusos", já que estes últimos são "os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas

[446] CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito romano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 267.

indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato" (art. 81, parágrafo único, I, da Lei Federal nº 8.078/90), enquanto o meio ambiente vem a ser um bem de uso comum do povo e essencial "à sadia qualidade' de vida" (CF, art. 225, *caput*).

É mister estabelecer os fundamentos que justificam que uma ação mereça a nomenclatura de 'civil pública', para se verificar se a ação civil pública se apresentaraia como ferramenta capital para a tutela judicial dos nominados interesses "difusos" (patrimônio cultural, meio ambiente, consumidores, de ordem econômica).

Quando se fala em classificações de ações, existem as mais diversas vertentes, por exemplo, quanto à natureza do direito nelas reclamado, seu objeto, sua finalidade, já que muitas dessas classificações vêm contaminadas de preconceitos civilísticos que precisam ser banidos da a atual conjuntura processual. Substancialmente a ação consiste numa ambição a determinada prestação jurisdicional; deste modo, a classificação de real importância para a sistemática do direito processual civil deve ser a que considera a espécie e natureza de tutela jurisdicional que se pretende. Assim, se apresentam as seguintes modalidades de ação: a) ação de cognição, b) ação de execução; c) ação cautelar[447].

A conhecida classificação "quinária" - que agrega às três ações anteriormente citadas, ainda as "mandamentais e as executivas *lato sensu*" - faz com que o tema da classificação das ações esteja longe de obter uma consonância ou estabilidade conceitual.

A expressão ação civil pública surge de acordo com o conceito inicialmente adotado por membros do Ministério Público de São Paulo, como o direito conferido ao Ministério Público de fazer atuar, na esfera civil, a função jurisdicional[448].

Recomendavam, que existem momentos em que a legitimação do MP é "concorrente" (ex.: nulidade de casamento, art. 1.549 do CC); já outros em que é "subsidiária" (ex.: requerimento de interdição, art. 1.769, I, II e III, do CC); e ainda, outros onde a legitimação do Ministério Público era exclusiva (ex.: ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, conforme a EC 1/69, vigente à época). Muito embora, listassem por volta de 41 hipóteses de ação civil pública, inseridas em diferentes textos legais[449].

---

[447] THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual.** 44. ed., v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 69-70.

[448] Sobre origens históricas e evolução legislativa do Ministério Público, conferir: MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. A evolução do perfil institucional do Ministério Público. **Revista do Ministério Público do Trabalho do Rio Grande do Norte**/Procuradoria Regional do Trabalho – 21ª Região. V. 6, n. 6, p. 46-68, (agosto 2005) – Natal: PRT – 21ª Região – 2005. Anual.

[449] Com o advento da Lei 7.347/85, outras leis do trato coletivo surgiram em campos relevantes: Lei nº 7.853/89 (defesa das pessoas portadoras de deficiência); Lei nº 7.913/89 (responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários); Lei nº 8.079/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

Diz a Carta Política de 1988, que a legitimidade para a propositura da ação civil pública infligida ao *Parquet* "não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei" (art. 129, § 1º).

No entanto, avaliamos como insatisfatório o critério que leva em consideração, para ilustrar suficientemente o motivo pelo qual se denominou de "ação civil pública" àquela prevista na Lei Federal nº 7.347/85, aquele que sopesa que em seu cerne toda ação judicial é pública, seja porque proposta perante o Estado-juiz; ou ainda porque a ela possui acesso aquele que evoque um determinado interesse jurídico e possua legitimidade; seja a função jurisdicional, intentada pela ação, é de modo eminente pública e indeclinável.

Deslocando-se da feição atinente à legitimação ativa (já que o Ministério Público, parte "pública", não é o legitimado exclusivo) para aquela concernente ao seu "objeto", qual seja, a proteção de interesses metaindividuais, como os relativos ao meio ambiente, patrimônio cultural, consumidores, ordem econômica, desarticularmos o fundamento que autoriza individualizar essa ação como "pública".

Em termos simples a ação civil pública pode ser entendida como o direito expresso em lei de fazer atuar, na esfera civil em nome do interesse público, a função jurisdicional.

A efetividade da não exclusividade da legitimidade do Ministério Público, contudo, não é algo que se verifica largamente na jurisprudência do STJ; nada obstante o verdadeiro acesso à justiça somente será possível por meio da conjugação de forças entre Ministério Público, órgãos públicos ligados ao setor, associações ambientalistas e a população em geral.

Tomando-se a perspectiva eminentemente doutrinária, no caso da ação ser intentada pelo *Parquet*, o ideal será nomeá-la de ação civil pública. Porém, se tiver sido proposta por associações civis, deverá ser chamada de "ação coletiva"[450]. Legalmente falando, para o amparo de interesses transindividuais, ainda que seu autor seja uma associação civil, um ente estatal ou o próprio Ministério Público, entre outros legitimados, qualquer ação intentada que seja fundada na LACP, considerar-se-á como ação civil pública. Entretanto, se aquela tiver como fundamento o artigo 81 e seguintes do CDC, no que respeita a defesa de interesses transindividuais, a ação será coletiva.

O Código de Defesa do Consumidor optou pela designação "ação coletiva" ao se referir à defesa em juízo de direitos transindividuais. Nesse sentido, as associações civis, o Ministério Público e outros órgãos públicos são considerados co-legitimados.

---

[450] MAZZILLI, Hugro Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 65-66.

Considerando que nem a titularidade da ação é deferida exclusivamente a órgãos públicos (MP, União, Estados e Municípios), nem é objeto do processo a tutela do interesse público, Ada Pellegrini Grinover sustenta que a lei fala de maneira inadequada em ação civil pública[451]. Para a autora é metaindividual também o "interesse público", exercido com relação ao Estado. Mas esse interesse (à ordem pública, à segurança pública) constitui interesse de que todos compartilham. E o único problema que pode suscitar ainda se coloca na perspectiva clássica do conflito indivíduo contra Estado. No que tange aos interesses difusos, sustenta que se trata de interesses espalhados e informais à tutela de necessidades, também coletivas, sinteticamente referidas à "qualidade de vida".

É ponto pacífico que podemos distinguir as ações em de "conhecimento" (cognição plena e exauriente, visando a eliminação da incerteza), entendendo-se que aqui, estas se subdividem em ações declaratórias, condenatórias, constitutivas e mandamentais, de "execução" (cognição jurissatisfativa, voltada à realização do direito reconhecido no título) e "cautelares" (cognição sumária e parcial, tendente à outorga de segurança – a pessoas, coisas, situações e até ao próprio processo – ante um histórico de dano temido).

É mais indicado, levar em consideração o "tipo" de provimento jurisdicional para o qual a ação está apta. Dessa forma, a maneira como se denominou uma ação, tomando-se como ponto de partida o anseio material nela adjudicado, de modo algum determina ou desvirtua seu teor, tendo em vista que este resta de índole "processual".

Não se pode olvidar que, conforme reconhecido no artigo 1º da Lei Federal nº 7.347/85, os interesses por ela tutelados, também podem ser protegidos pela ação popular (Lei Federal nº 4.717/65), muito embora, esta permissão deva ser interpretada com certa cautela, tendo em vista que, de maneira especifica, o "objeto" da ação civil pública, compreende, o meio ambiente, os consumidores e o patrimônio cultural (*lato sensu*) e natural. Ademais, por imperativo do que está previsto no art. 110 do Código de Defesa do Consumidor, acabou se reinserindo no seio dessa ação, a tutela a "qualquer outro interesse difuso ou coletivo".

Por força do artigo 117 da Lei nº 8.078/90, no que se refere à feição terminológica, o Título III do CDC, o qual é aplicável à ação civil pública da Lei nº 7.347/85, apresenta o Capítulo II, denominado "Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos", o qual deu ensejo a uma interpretação que permite uma diferenciação entre a

[451] Ada Pellegrini Grinover citada por Rodolfo de Camargo Mancuso (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública:** em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: lei 7.347/85 e legislação complementar. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 2).

tutela de interesses difusos e coletivos (ação civil pública) e a tutela de interesses individuais homogêneos (ação coletiva).

Nesse diapasão, Márcio Flávio Mafra Leal ao tratar das ações coletivas, aduz que a controvérsia em questão é "inócua em termos práticos e teóricos", afirmando ainda que a ação civil pública "era originalmente o nome da ação do Ministério Público como, não havendo relação com a dimensão difusa e coletiva do direito material, dimensão esta assumida somente com a Lei nº 7.347/85. Com a LACP ocorreram duas mudanças teóricas e dogmáticas importantes: a primeira foi a desvinculação da ação civil pública como instrumento processual de titularidade exclusiva do Ministério Público, pois, como dito, associações e outros ramos políticos do Estado também foram legitimados para o seu ajuizamento. A segunda mudança foi a concepção da ação civil pública como ação coletiva"[452].

Ao tratar da polêmica em questão, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, aduzem que o direito posto brasileiro consagra duas espécies de ações: uma para a tutela de direitos difusos e coletivos (*stricto sensu*); e outra para a tutela de direitos individuais homogêneos, sempre influenciados pela interferência existente entre a disciplina prevista pelo CDC e pela LACP[453].

Na mesma esteira de pensamento, João Batista de Almeida arrola ao diferenciar as ações em questão "algumas afinidades e muitas divergências"[454], sustentando ainda, no que tange aos direitos individuais homogêneos que, "a jurisprudência vem entendendo que tais direitos, quando socialmente relevantes, merecem tratamento coletivo e podem ser pleiteados em sede de ação civil pública"[455].

4.3 A natureza jurídica da Lei nº 7.347/85: direito material ou processual?

Como informa Clayton Maranhão, os institutos fundamentais do processo guardam íntima conexão com a situação substancial tutelada e como tal devem ser estudados.

---

[452]Márcio Flávio Mafra Leal. **Ações coletivas: história, teoria e prática.** Porto Alegre: SAFe: 1998, p. 188.
[453] ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do processo de conhecimento**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 757.
[454] ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública.** São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001, p. 36-37.
[455] I João Batista de Almeida, idem, p. 33.

Consoante o autor em referência, isto não autoriza, contudo, que o direito processual seja secundário ao direito substancial, nada obstante seja óbvio o fato de que não haveria o direito processual sem o direito substancial, e vice-versa. Exatamente por isso não é possível haver prevalência de um sobre o outro, mas função instrumental do direito processual em relação ao direito substancial[456].

Faz-se necessário diferenciar na Teoria Geral do Direito – tendo-se em vista que costuma-se falar em normas substantivas e adjetivas ou, ainda, em materiais e instrumentais - não apenas, o corpo de normas; nem o ramo do Direito Positivo de onde emana a lei ora apreciada, isso é assim, porque, no Diploma Civilista coexistem preceitos que são, por exemplo, cogentes/imperativas, ao mesmo tempo, outras que são autorizativas/permissivas.

Assim, é imperativo que se dê preferência ao objeto ou a natureza da lei em questão, importando conhecer se aquele é apto à demarcação, concepção ou ainda, alteração de determinados grupos jurídicos, de alguns direitos ou circunstâncias jurídicas, ou, ao inverso, se, na prática, o texto legal enfocado visa instituir a configuração pela qual estas categorias, circunstâncias e direitos terão de atuar.

Dessa forma, na medida em que ajudam como elemento de conciliação ou ao ainda de equacionamento jurídico entre os interesses contrapostos, como é visível e sói ocorrer no campo das obrigações, mesmo assim essa distinção não estará imune a certas situações excepcionadas, porque, em última análise, também as normas ditas substantivas não deixam de ter algum caráter instrumental.

É de se anotar um determinado relativismo naquela dicotomia, já que tanto as normas instrumentais como as substanciais, portanto, servem ao supremo objetivo da ordem jurídica globalmente considerada, que é o de estabelecer ou restabelecer a paz entre os membros da sociedade. É preciso, pois, admitir a relatividade da distinção entre normas materiais e instrumentais, da qual deflui, naturalmente, a conseqüência de que há uma região cinzenta e indefinida nas fronteiras entre umas e outras[457]. Nesses textos, sobretudo nos textos legais extravagantes, não raro verifica-se, que alguns dispositivos são de "direito material", a par de outros que revelam natureza instrumental.

Tal fenômeno se passa com a Lei nº 4.717/65 que dispõe sobre a ação popular, na qual seu art. 2º define quais atos lesivos são nulos, já seu art. 5º dispõe sobre o foro competente.

---

[456] MARANHÃO, Clayton. **Tutela jurisdicional do direito à saúde**: Arts. 83 e 84, CDC. Coleção temas atuais de direito processual civil. V. 7. Coordenada por Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 149-150.

[457] GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; e CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo.** 19. ed., São Paulo, RT, 2003, p. 88.

Porém, esse fenômeno fica bem demonstrado, em certos textos legais, como nos que regulam as ações do inquilinato (Lei 8.245/91), as ações de divórcio (Lei 6.515/77), o executivo fiscal (Lei 6.830/80). A própria dicotomia direito público/direito privado, é relativa, havendo corpos normativos onde predominam as regras de ordem pública, a par de outros em que prevalecem as de natureza dispositiva, mas não em caráter de exclusividade.

Bastante elucidativa é a contribuição de Francisco de Assis Toledo referenciado por Rodolfo de Camargo Mancuso, ao esclarecer que no campo penal que a questão de saber quando uma norma é, ou não, de direito "material" deve ser decidida menos em função da lei que a contenha do que em razão da natureza e essência da própria norma, por exemplo, tanto no Código de Processo Penal quanto na Lei de Execução Penal, existem normas de direito material, assim como o Código Penal contém normas de direito processual[458].

Muito embora os artigos 10 e 13 da Lei 7.347/85 apresentem matiz de direito material, fica evidenciado que a Lei 7.347/85 apresenta um caráter eminentemente processual, tendo em vista que almeja fundamentalmente, proporcionar os elementos processuais capazes de concretizar juridicamente a tutela aos interesses difusos perfilhados nos textos substantivos. Isso é assim, porque, em primeiro lugar, os textos legais de índole processual apresentam determinadas particularidades no que se refere à sua eficácia no tempo e no espaço, à sua interpretação, o modo como se realiza sua coerência na ocorrência de lacuna ou discrepância.

Nesse sentido, Gregório Assagra de Almeida, apresenta um direito processual coletivo, que no seu entendimento é o ramo do direito processual dotado de natureza de direito processual-constitucional-social, cujo conjunto de normas e princípios a ele pertinente objetiva disciplinar a ação coletiva, o processo coletivo, a jurisdição coletiva, a defesa no processo coletivo e a coisa julgada coletiva, de forma a abranger, no plano abstrato, a congruência do ordenamento jurídico em relação à Constituição e, no plano concreto, pretensões coletivas em sentido amplo, decorrentes dos conflitos coletivos ocorridos no dia-a-dia da conflituosidade social[459].

4.4 Interesses jurídicos que justificam a propositura da Ação Civil Pública

---

[458] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**: lei 7.347/85 e legislação complementar. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 26.

[459] ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório. **Direito processual coletivo brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 22.

O efetivo exercício de um direito, qualquer que seja a compreensão que se tenha de direito subjetivo, torna-se possível somente se este (direito) decorre de interesse jurídico de ordem moral ou econômica[460].

Seguramente ainda útil em termos atuais, tal assertiva encontrava-se enunciada no artigo 76 do Código Civil de 1916, o qual estabelecia a necessidade de se ter legítimo interesse econômico ou moral, para o exercício do direito de ação, o que equivale a dizer: o interesse somente será acolhido pelo Direito a partir do momento que produzir repercussão jurídica.

A positivação do interesse moral em 1916, nada obstante sua irredutibilidade a valores econômicos, já confirmava que até mesmo as necessidades de natureza não patrimonial deveriam estar sob a proteção do Estado.

Cabe uma ressalva importante: o fato de não existir norma jurídica inequívoca de direito posto, não implica, necessariamente, na inexistência de direito, mas que o interesse apenas virá a ter implicações jurídicas lícitas se houver um direito reconhecido ou a ser protegido, ainda que anterior à própria noção de Estado, como é o caso do "direito à felicidade". Este direito é inato em todo homem e deve ser assegurado pelo Estado, através da conduta de respeito por todas as pessoas em sociedade ("obrigação de não fazer"), bem como pela conduta positiva do Poder Público ("obrigação de fazer") que, na prática, deve concretizar as liberdades públicas.

Ao Poder Público incumbe garantir as liberdades públicas, além de outras, oriundas do regime e dos princípios constitucionais, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja signatária (art. 5º, § 2º, CFRB).

Deste modo, o direito individual ou transindividual (coletivo *lato sensu*), patrimonial ou não-patrimonial, deve estar em conformidade com a "vontade geral", para que possa ser identificado o legítimo interesse do titular do "direito subjetivo", ou de quem esteja legitimado para representá-lo. Nesse sentido, o interesse é o que faz mover o direito do titular sobre o bem protegido pelo direito.

---

[460] Da leitura de J. M. de Carvalho Santos, referenciado em nota de rodapé por Roberto Senise Lisboa, infere-se que o interesse dever ser jurídico, para que ocorra repressão no direito, o que equivale dizer, o interesse de "natureza puramente ética" não é suficiente, sendo incabível invocar, sob tal fundamento, a prática de atos a título de exercício de direito subjetivo material (substancial), ou mesmo, ainda, a tutela jurisdicional, com o exercício do direito subjetivo instrumental (adjetivo ou processual), pelo ajuizamento da demanda respectiva – pois, neste caso, haveria falta de interesse de agir, e, consequentemente, carência da ação (LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos**: consumidor - meio ambiente – trabalho – locação - autor. 3. ed. rev. atual. e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 31-32).

Como se observa, a legitimidade do interesse é conferida pela vontade geral[461], que, reproduzida na norma jurídica, pode não vir a perfilhar explicitamente o direito, mas isto não impede que, ainda assim, assegure a existência de um interesse a resguardá-lo[462].

Agora, pois, fica fácil entender porque é perfeitamente possível a legitimação de entes morais para o ajuizamento de ações civis públicas (representação), entre eles o Ministério Público, é realizada não apenas para a tutela de direitos explicitados em texto de lei, porém outros, cujo interesse seja difuso ou coletivo[463].

Entretanto, a completude desse saber reclama distinguir "legitimação" de "legitimidade" do interesse. Aquela diz respeito à probabilidade, ou não, de aderência do titular ao negócio jurídico, ou a representação do titular do direito subjetivo, por meio de terceiro. Esta, por seu turno, se refere à aprovabilidade (social) de um interesse, cuja proteção ou concretização do direito deve ser buscado, desde que estabelecido ou não cerrado pelas normas jurídicas[464].

Todavia, é preciso apontar para a possibilidade de existência de interesse sem que ocorra, necessariamente, a titularidade de um direito substancial. Assim, o interesse processual poderá vir a ser identificado, com impetração da demanda respeitante, sem que, necessariamente, o demandante tenha uma prestação favorável[465].

---

[461] Interesse e vontade são noções que não se contrapõem, necessariamente, como se pode observar, procedendo-se ao estudo, com a devida atenção, das obras que visam a estabelecer as balizas do direito subjetivo. Assim, não são os vocábulos interesse, poder e vontade antagônicos, mas apenas elegem um ou outro como elemento essencial nuclear do conceito de direito subjetivo.

[462] Existem interesses protegidos, sem que se chegue, tecnicamente, à subjetivação. A regra, considerando-se suficiente o suporte fático, torna o interesse jurídico. Subjetivação é empregada neste trecho no sentido de determinação da pessoa titular da necessidade.

[463] Esta assertiva serve para demonstrar que o direito processual, inclusive no âmbito legislativo, ao se alimentar dos conceitos privados de interesses e de direito subjetivo, logrou êxito em evoluir, mais acentuadamente na segunda metade deste século XX, desdobrando a noção de interesse e claramente distinguindo-a do direito em si, tanto na doutrina como no direito posto.

[464] Em virtude de tal colocação, pode-se afirmar considerada a discussão travada entre os adeptos da *teoria da vontade* e os da *teoria do interesse*, quanto à definição de direito subjetivo, pois o incapaz, absoluta ou relativamente, pode ser titular de direitos subjetivos, e, por conseguinte, ter interesse, mas, pela ausência de procedimento para a prática de atos jurídicos, acaba por ser representado pelo detentor do poder familiar ou, na falta dele, tutelado ou curatela, conforme a hipótese, pelo tutor ou curador, respectivamente, que são pessoas legitimadas para representá-los ou assisti-los. Porém, não podem praticar atos nos quais sejam beneficiadas com o patrimônio do pupilo, nos termos da lei (BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito civil**. V. 1. São Paulo: Forense Universitária, 1994, p. 57-58 e 456-457).

[465] Deste modo, apenas será possível admitir que o interesse jurídico material encontrará o amparo concedido pelo Poder Público, inclusive via procedimento jurisdicional, sempre que ele vier a emergir do plano da mera "existência-utilidade".

Isto ocorre porque o interesse jurídico é noção subjetivamente identificada, que tem como adjacente o "poder" do seu titular (e não necessariamente do titular do direito subjetivo), conferido pela norma jurídica representativa da "vontade geral"[466].

O poder que é assegurado ao titular do interesse viabiliza ações materiais e processuais inclinadas à exultação de uma finalidade (necessidade), constituindo a licitude e a legitimidade da manifestação da vontade, especialmente por não ser contrária às normas[467].

Ao invés de ser meramente aproximativa essa concepção, é a destinação do direito subjetivo, precisamente por se tratar de imperativo econômico ou moral, ante a valoração da utilidade do objeto do direito, corpóreo ou incorpóreo, para o seu bem-estar. Exatamente em razão disto, é necessário refletir acerca do "interesse público", enquanto legítimo fim do direito subjetivo, ou a necessidade sentida pelo sujeito do direito ou a estimação da utilidade do objeto do direito.

O interesse jurídico seria o objetivo final do direito subjetivo, porque é em razão de sua existência é que se torna viável o reconhecimento do direito que se busca. Isto, sobretudo, porque não teria nenhum valor um interesse apenas ético ou destituído pelas normas positivas.

Nem ao menos a mera fruição individual serve como interesse jurídico. Em razão de sua natureza, ainda que não haja antevisão legal, o interesse não deixará de ser jurídico, caso as necessidades do titular constituam desígnios a serem atingidos através do exercício de direitos subjetivos *erga omnes*. Assim, é possível afirmar que o interesse é a finalidade buscada pelo exercício direito subjetivo, que assume característica de meio.

Óbvio que esse caráter instrumental do interesse jurídico também deve ser legítimo, para a consecução de um direito ameaçado ou efetivamente lesado pelo comportamento ativo ou comissivo de outrem.

Todavia, o interesse legítimo não pode ser confundido com o direito subjetivo, pois a questão da legitimidade não se confunde com a essência do direito, mas com os limites de seu exercício, que, aliás, como afirmado linhas antes, são determinados pela vontade geral, manifesta nas normas jurídicas, para satisfação das necessidades. Enfim, o escopo visado pelo exercício do direito subjetivo não se mistura com o seu conteúdo.

---

[466] O titular de um interesse não é sempre o titular de um direito subjetivo referente ao objeto negocial. É a hipótese, por exemplo, da aquisição.

[467] "A consciência da necessidade, falsa ou real, concreta ou vaga, é matriz do interesse. Interesse é a necessidade que emergiu à consciência (dado psicológico). É, na verdade, mera projeção da necessidade e não propriamente uma reprodução, pois a consciência pode chegar a despertar interesses antagônicos às próprias necessidades reais" (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As categorias de interesses na Constituição de 1988. In: **Revista Forense**, 307;13-30).

Os interesses relativos às "necessidades primárias", são insusceptíveis de prescrição (perda do direito de deduzir a pretensão - instrumental) e decadência (perda do direito material), especialmente em razão das próprias alegorias dos direitos a serem assegurados (direitos da personalidade, liberdades públicas), pois o direito almeja a proteção do homem contra o poder discricionário do Estado.

No que tange às necessidades sentidas pelo sujeito do direito, há que se ressaltar que a busca de seu desenvolvimento econômico e moral, com a obtenção do que lhe é necessário, é algo próprio de todo ser humano. Em verdade, trata-se da consagração da noção de que tudo que se necessita para subsistir e para viver bem, são interesses, nos moldes preconizados pelo artigo 76, do diploma civil anterior (1916).

São muitas as necessidades da pessoa. Algumas de caráter material, visíveis e tangíveis, portanto; outras imateriais, mas não menos importantes para sua felicidade; e ainda as de natureza social, que se fazem presentes nas relações intersubjetivas contínuas. As de natureza social podem ser: éticas, religiosas, artísticas, literárias, profissionais, culturais, científicas, entre outras. Não pára por aí; muitas outras categorias de necessidades continuam a surgir (multiplicação dos interesses).

A necessidade pode até não se identificar com o que a pessoa deveria aquilatar como necessário, empiricamente falando; é suficiente, apenas, que seja sentida. De modo que já não é mais tão relevante que se trate de "necessidade real". Suficiente, portanto, o aquilatamento interno do que é imprescindível ao titular do interesse, para a exultação de "necessidades primárias", próprias do homem e inerentes ao seu desenvolvimento psíquico, moral e físico; e "secundárias", especialmente de natureza econômica.

A necessidade primária é imprescindível para a conservação e o desenvolvimento do homem em sociedade e de sua proeminência na mesma através da proteção às liberdades públicas e demais direitos indisponíveis. Por seu turno, a necessidade secundária, visa ao atingimento de finalidade econômicas, a exemplo de contratos comerciais etc.

Noutras palavras, o interesse econômico pode ser transformado em moeda (dinheiro), em benefício do titular do crédito. Por sua vez, o interesse moral, dirige-se à personalidade: vida, higidez física e psíquica, imagem, liberdade, honra, identidade, segredo; saúde, portanto - o que não impede indenização em dinheiro caso haja alguma transgressão. Assim, tudo que é próprio da pessoa é tido como necessidade personalíssima, portanto indisponível[468].

[468] A questão da indisponibilidade é uma "faca de dois gumes". O Estado, por exemplo, assume o compromisso de garantir o direito à vida, especialmente em face dele mesmo. Mas, por outro viés, pode o Estado condenar alguém a continuar vivendo, principalmente se a vida torna-se um fardo muito pesado? A esse respeito existe

A utilidade do objeto reside mesmo no bom emprego do bem pelo titular do direito, consoante suas necessidades. É uma verdadeira relação de complementariedade, que desmistifica a antiga concepção de que, como faculdade do exercício da vontade, o interesse limitava-se tão somente ao próprio conteúdo do direito subjetivo.

Deste modo, a utilidade não se adstringe ao interesse processual, mas consiste em todo proveito que se poderá eventualmente receber do objeto, para a satisfação das necessidades humanas. Assim, caso alguém esteja interessado num bem da vida (determinado ou determinável), buscará, com amparo no ordenamento jurídico, essa satisfação, através do exercício de seu direito subjetivo material ou processual, de acordo com o caso.

Em havendo colisão entre interesses jurídicos, obviamente devem prevalecer aqueles de natureza moral, por ser atividade precípua do Estado (e do Direito), a preservação e o desenvolvimento da dignidade humana.

Há que se resgatar a inconteste matriz constitucional que reconhece o princípio da proteção da dignidade pessoal e a solidariedade social, erradicação da pobreza e redução das desigualdades, as quais desmistificam a noção de propriedade e favorecem à "desconstrução"[469] do pensamento clássico inerente aos códigos novicentistas, rumo à primazia da tutela dos interesses não patrimoniais.

Se colidem interesses de mesma natureza, a preferência é dada aos de maior proporção subjetiva em sociedade. Assim: os interesses difusos preferem aos interesses coletivos, que por sua vez, preferem aos interesses individuais homogêneos, submetendo-se o interesse individual aos demais interesses referenciados. Objetivamente falando, ter-se-á a seguinte ordem de prevalência: os interesses não patrimoniais preferem aos patrimoniais; e dentre os interesses patrimoniais, os interesses referentes a direitos absolutos prevalecem sobre os alusivos a direitos relativos.

Por fim, vale resgatar na origem da palavra interesse que vem do latim *inter* (estar entre) + *esse* (participar), seu inegável significado democrático.

A doutrina tem classificado a partir do trinômio "necessidade-utilidade-adequação" o interesse processual, interesse de agir e o interesse *ad agendum* da seguinte forma: 1. imprescindibilidade do recurso ao Poder Judiciário com a finalidade de se alcançar determinado bem de vida, porque não foi possível consegui-lo pelos meios suasórios (ex. cobrança de um título executivo extrajudicial, vencido, protestado e não satisfeito pelo

---

uma decisão espanhola emblemática, conhecida como o caso Ramon San Pedro. Esta jurisprudência é comentada com maestria por Oscar Vilhena Vieira (VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF.** Colaboração de Flávia Scabin. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 128-132).

[469] Conforme comentado alhures acerca do pensamento de Jaques Derrida.

devedor), ou ainda porque o competente direito positivo determina a interferência jurisdicional (ação de divórcio; ações ditas constitutivas *necessárias*); 2. amoldamento do provimento almejado, ou seja, sua aptidão técnico-jurídica para respeitar à expectativa do autor (ex.: para quem foi esbulhado em sua posse, não é apropriado o pedido de mero interdito proibitório, visto que essa medida é inidônea para restituir a posse perdida);[470] 3. conveniência do meio processual escolhido. Muito embora exista uma certa divergência doutrinária no que se refere a essa questão, o que transparece é que ele faz parte da concepção do interesse processual, tendo em vista que a acessibilidade à tutela jurisdicional possui por desígnio o fato de que a providência discutida necessitará aditar determinada carga valorativa ou prerrogativa à parte ou interessado.

Nas palavras de Vicente Greco Filho: "A doutrina dominante é no sentido de que o Código exige, quanto ao interesse, também a utilidade, e que o parágrafo único do art. 4º existe exatamente porque é uma exceção a essa regra. Se o princípio geral do Código dispensasse a utilidade para a ocorrência de interesse, o dispositivo referido seria inútil e repetitivo, justificando-se, pois, em virtude de sua excepcionalidade, ou seja, porque o Código, em princípio, somente admite a provocação do Judiciário quando o autor tiver necessidade de obter o provimento jurisdicional e, também, quando esse provimento lhe puder trazer utilidade prática"[471].

Todavia, existem proposições onde o mérito processual e a legitimação para agir tornam-se superpostas, o que torna complicado tal diferenciação. Nesse sentido, a distinção entre a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir, ainda que verificável no plano do "ser", não apresenta a facilidade e a tranqüilidade de seu destaque da possibilidade jurídica do pedido.

Muito embora o cidadão possua interesse em que as leis e atos normativos sejam segundo a Constituição Federal, no entanto necessitam de legitimação para a ADIn e a ADC, onde o poder de agir é dado aos agentes públicos e àqueles órgãos arrolados no art. 103 da CF com a redação da EC 45/2004. Todavia, é oferecido ao particular, de acordo com o § 1º do art. 2º da Lei 9.882/99, através do direito de petição, representar ao Procurador-Geral da República solicitando reiteradamente ao mesmo propor a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

---

[470] Nada obstante, a depender das circunstâncias do caso concreto, possa o autor da ação beneficiar-se de uma certa "fungibilidade", reconhecida entre as ações possessórias (art. 920 do CPC).
[471] GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro.** V. 1, 17 ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 83.

Verifica-se assim, no campo dos processos objetivos de controle de constitucionalidade (ADIn, ADC, ADPF), a influência mútua entre os planos do interesse de agir e da legitimação ativa.

É de se anotar que na esfera da ação civil pública o controle de constitucionalidade pode ser realizado não em forma de pedido, mas tão-somente de maneira incidental, ou ainda como causa de pedir. Isso porque, ou os legitimados ativos para ADIn, ADC e ADPF são distintos daqueles aos quais se oferece a ação civil pública, ou ainda porque, o juiz de primeira instância seria capaz de resolver, se se considerasse admissível essa fungibilidade, sobretudo, a disputa constitucional em uma decisão que não teria eficácia *inter partes*, mas *erga omnes*, de acordo com o art. 16 da Lei 7.347/85, o que violaria a cláusula de reserva de plenário prevista na Constituição Federal, art. 97 e no Código de Processo Civil, art. 480[472].
É mister ressaltar a importância de tais cogitações, que refletem na relação processual e na condição das partes, daquelas advirão a acentuada implicação da formação de coisa julgada material ou apenas formal, isso dependerá do ajuste da espécie, seja no juízo de admissibilidade da ação proposta ou já no seu merecimento.

4.5 Dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos

Como havíamos prenunciado, revisatamos o tema "transindividualidade. Afirmamos que o transindividualismo é uma perspectiva dialética e circular do próprio indivíduo. Por isso, adotamos a expressão "transindividual" como gênero das espécies difuso, coletivo em sentido estrito e individual homogêneo. Mas então o que seriam os denominados de metaindividuais?

A locução "tutela coletiva" refere-se à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Como saliente, o presente estudo debruça-se sobre o caráter de transindividualidade do direito a saúde, com vistas a sua concretização, de modo que o estudo dessas categorias é imperativo.

---

[472] A propósito Gilmar Ferreira Mendes discorre a respeito: "Nessas condições, para que se não chegue a um resultado que subverta todo o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, tem-se de admitir a completa inidoneidade da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, seja porque ela acabaria por instaurar um controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais" (MENDES, Gilmar Ferreira. Ação civil pública e controle de constitucionalidade. In: **A ação civil pública após vinte anos: efetividade e desafios**. Coordenado por Edis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 202).

Existe grande discussão acerca da locução "direitos coletivos". O debate teve início a partir do momento que se utilizou a expressão como gênero das espécies difuso, coletivo e individual homogêneo. Para dirimir o conflito que se estabelecia a solução adotada foi não utilizar tal generalização, considerando que os termos "supra-individuais", "transindividuais" ou "metaindividuais" seriam os corretos para designar as espécies difusos, coletivos e individuais homogêneos; portanto, em razão de que, como se verifica, "direito coletivo" é espécie e não gênero. Igualmente, perdeu importância prática a diferenciação entre interesses e direitos, desde que tais expressões foram utilizadas como sinônimos no Código de Defesa do Consumidor[473].

De intróito, a LACP estabelece a sua competência para disciplinar a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, paisagístico. Oportunamente, destaca Rodolfo de Camargo Mancuso, que análoga nomenclatura aparece em textos que invocam ou se reportam aos chamados "interesses difusos"[474]. Assim, o CDC (art. 81, parágrafo único, I), veio a esclarecer que direitos ou interesses difusos são "os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstancias de fato." Naturalmente, que o significado da palavra "homogêneo" encabeça a mesma idéia, ou seja, titular indeterminado e circunstâncias de fato comuns até o momento da aplicação.

Contudo, elucidativo é o artigo 21 da LACP, do qual se infere de maneira inequívoca, o alcance da ação civil pública à defesa dos interesses e "direitos individuais homogêneos" - previstos no artigo 81, III, do CDC -, senão, atentemos à redação do dispositivo *in verbis*: "Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for

---

[473] O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), com a dicção do art. 81, é dotado de aplicação para todos os processos coletivos (ver art. 117), chegando a definir os interesses difusos, coletivos (propriamente ditos) e individuais homogêneos (eventualmente coletivos). Ao que parece, o legislador optou por definir as categorias de interesses para evitar discussões doutrinárias que poderiam retardar ou impedir a efetiva tutela.

[474] Rodolfo de Camargo Mancuso relaciona alguns exemplos, todos se reportando à titularidade do Ministério Público para propor a LACP: "(...) pelo art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81 (que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente): "(...) O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente"; pelo art. 25 da Lei Orgânica Nacional do MP (8.625/93) compete ao *Parquet*, "além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis (...): IV – promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei". A essa ação também se refere a lei paulista do MP (Lei Complementar 734/93, art. 103, VIII). A Constituição da República reafirma tal *função institucional* do MP (art. 129, III) "para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos". (grifados pelo autor). (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: lei 7.347/85 e legislação complementar.** 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 15).

cabível, os dispositivos do Título III (arts. 81 ao 103) da Lei que institui o Código de Defesa do Consumidor".

Supra-individuais ou transindividuais, como as etimologias sugerem, são aqueles interesses que ultrapassam a esfera de atuação do indivíduo isoladamente considerado, para garanti-lo em sua dimensão social e, por vezes, até comunitária. [475]

Para além de supra ou transindividuais, interesses difusos são interesses metaindividuais, em razão de que, não tendo atingido grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos na sociedade civil como um todo, podendo, por vezes, referir-se a certas coletividades de conteúdo numérico. São caracterizados, portanto, pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço. Sua natureza indivisível gera a impossibilidade de partição (cotas atribuíveis a este ou aquele interessado), isto porque sua satisfação necessariamente aproveita em conjunto a todos, bem como sua postergação igualmente a todos (em conjunto) prejudica.

Um interesse metaindividual, sempre é supra ou transindividual. O inverso não se verifica, necessariamente. Contudo, nessa seara, mais do que em qualquer outra, não há certeza geométrica. A afirmação de que a postergação da concretização de um direito ou interesse difuso a todos prejudica; e que são categorias de interesses ou direitos indivisíveis (em tese não atribuíveis individualmente), não implica que um indivíduo não esteja sendo mais prejudicado do que os demais. Nesse caso deveria o Estado sucumbir à impossibilidade teórico-formal? Os interesses difusos estão diluídos, mas em situações concretas podem se reagrupar, reorganizarem-se, dando origem a novos direitos, notadamente (re)assumindo características de direitos individuais e eventualmente coletivos (individuais homogêneos); nunca de maneira estática, quase sempre obedecendo a uma dialética natural que tem como ponto de partida os aspectos mais complexos das relações sociais.

---

[475] Ao dizer social retomamos a idéia de sociedade, de justiça social; contudo, uma sociedade em especial e numa dada ordem. Ao utilizarmos a expressão "comunitário", estamos fazendo referência àqueles interesses transnacionais, como é o caso do meio ambiente (metaindividual), o que volve à idéia de Gunther Teubner, o qual chegou a afirmar que o direito faz parte deste macrocosmo deslocado que é nossa sociedade global (TEUBNER, Günther. **Direito, sistema e policontexturalidade.** Apresentação: Dorothee Susane Rüdiger. Introdução: Rodrigo Octávio Broglia Mendes. Piracicaba-SP: Editora Unimep, 2005). Sobre transnacionalidade dos direitos humanos, Carlos Weis, em análise conclusiva, afirma que "se à pessoa não forem garantidos os direitos fundamentais, tem a Ordem Internacional o dever de intervir, em face do caráter transcendental dos direitos humanos" (WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos.** 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 122).

Mais amiudadamente, são interesses que tiveram origem em diversos segmentos sociais, e que encontram, por vezes, raízes jurídicas em múltiplos institutos jurídicos pré-existentes. Dessa simbiose, novas e imprevisíveis vertentes jurídicas podem surgir, todas impulsionadas pela complexidade da vida contemporânea e pelo caráter político-econômico que envolve os Estados. Esse fenômeno tem servido como mola que impulsiona o (re)pensar sobre o Estado e o imperativo de reformá-lo, adequando-o às novas necessidades, notadamente em face de uma realidade globalizante.

O direito do consumidor lesado, em face de uma propaganda enganosa, é muito citado como exemplo de direito difuso. Toda a coletividade é atingida pelo dano. Apenas discordamos da maior parte das doutrinas quando afirmam que o dano não pertence individualmente a ninguém. Claro que se um indivíduo adquire uma fraude, o dano pertence mais a ele do que a qualquer outro sujeito. O direito à correta propaganda, sim é indivisível. Contudo, o dano que decorre do seu desrespeito é obviamente divisível. Portanto, concluímos que embora sejam os titulares desses direitos indivisíveis indeterminados, na perspectiva do indivíduo lesionado, justamente em decorrência de estarem ligados pela mesma "circunstância fática", o direito transindividual retorna ao seu ponto de partida na escala evolutiva: o indivíduo.

São como um feixe de interesses individuais, com pontos em comum, ou como interesses de grupos menos determinados de pessoas entre as quais inexiste vínculo jurídico ou fático determinado. Num feixe é possível identificar varetas uma a uma, vê-las plugadas nas extremidades, como condutores por onde circula luz constitucional; contudo, sua força só encontra sentido no conjunto.

Existe, portanto, "intensa litigiosidade interna", em razão do caráter individual que persiste no conjunto, fruto da inexistência de um vínculo fático bem preciso a uni-los, sem, contudo, negar que tais interesses, em muitos pontos, coincidem. Demanda, pois, razão e proporção, considerando que a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Assume relevância, portanto, o princípio da proporcionalidade, o qual segundo Willis Santiago Guerra Filho também corresponde a um direito ou uma garantia constitucional, assim, como a isonomia, considerando que ambos são necessários ao aperfeiçoamento do sistema de proteção organizado pelos autores de nossa lei fundamental em segurança da pessoa humana, da vida humana, da liberdade humana, as quais não são essencialmente

diversas dos direitos fundamentais propriamente ditos, que sem essa dimensão processual não se aperfeiçoam enquanto direitos[476].

Luiz Guilherme Marinoni destaca que a pretensa neutralidade do conceito de relação jurídica processual escamoteou a realidade concreta, permitindo a construção de uma ciência processual que supunha que poderia vir imersa em si mesma[477].

Importa destacar que tais direitos, inclusive a saúde, sofrem transição ou mutação no tempo e no espaço. Tais características não estão presentes na definição legal, mas são perceptíveis na prática. Quantos direitos fundamentais, sobretudo aqueles de caráter social, como é o caso do direito á saúde, podem caber na conceituação de supraindividual e de individual a um só tempo em razão do seu caráter público subjetivo, podendo, neste caso, (re)assumir relevância social e ascender de volta à transindividualidade, ganhando feição de

---

[476] Willis Santiago Guerra Filho, **Processo constitucional...**, p. 85. Sobre isonomia, o autor referenciando Karl Larenz, afirma que em sentido estrito, é a afirmação da igualdade formal de todos perante a lei, quando se atribui direitos políticos e civis, enquanto a distribuição dos deveres e ônus correlatos deve se dar obedecendo a igualdade relativa ou proporcionalidade, entendendo esta como a proibição de excesso ou mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental, em situação de conflito com outro(s). O princípio da proporcionalidade reclama uma ponderação dos direitos fundamentais ou bens de natureza constitucional que estão em jogo, conforme o peso a ele atribuído. De acordo Karl Larenz, "ponderar" e "sopesar" implicam tão-somente imagens, ou seja, não equivalem a grandezas quantitativamente mensuráveis, produto somente de valorações que não só devem ser orientadas a uma pauta geral como, de igual modo, a situações concretas problematizantes. Assim, a ponderação ou o sopesamento de bens deve ser realizado *in casu,* mediante um problema a ser resolvido (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** 4. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa-Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, Serviço de Educação e Bolsas, 2005, p. 90-94 e 575)

[477] Assegura o autor que a teoria da relação jurídica processual encobre as intenções do Estado e ignora as necessidades das partes, assim como as situações de direito material e as diferentes realidades dos casos concretos. É por isso que um pressuposto processual, na dimensão de tal teoria, é neutro ou indiferente às partes e aos direitos fundamentais. É exatamente por esse motivo que os pressupostos processuais sempre foram vistos como meros requisitos lógicos, inicialmente da constituição do processo e depois da sua validade e do julgamento do mérito. Ver os pressupostos como requisitos para o julgamento do mérito, é um verdadeiro dogma, pois não há como admitir tal precedência quando são descobertas as funções dos pressupostos. Ademais, diante dos direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à duração razoável do processo, torna-se evidente que a ausência de um "pressuposto processual" só tem relevância quando constatada em momento processual em que o juiz não tem condições de definir o mérito, pois é apenas nessa hipótese que surge racionalidade para a extinção do processo. Em caso contrário, isto é, quando se verificava o que o direito material pertence à parte protegida pelo pressuposto omitido, o juiz tem o dever de proferir sentença de mérito, seja de procedência ou de improcedência. É que, em caso contrário, a jurisdição estará indisfarçavelmente negando os direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, CF) e à duração razoável do processo (art., LXXVIII, CF). A leitura dos chamados "pressupostos processuais" à luz dos interesses das partes, assim como dos seus direitos fundamentais processuais e do dever estatal de prestação da adequada tutela jurisdicional, impõe o afastamento da neutralidade ínsita à teoria da relação jurídica processual e transforma em dogma a idéia de que os pressupostos são requisitos para a constituição, para a validade ou para a simples apreciação do mérito. A preocupação com as partes e com os direitos fundamentais obriga a pensar os "pressupostos processuais" apenas como requisitos de um "processo justo" ou como requisitos de um processo conforme os direitos fundamentais e o Estado constitucional. "A compreensão dos 'pressupostos processuais'a partir das suas funções e dos direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à duração razoável do processo demonstra a incapacidade da teoria da relação jurídica processual e da categoria dos pressupostos processuais para expressar o significado do processo jurisdicional do Estado constitucional" (MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo.** 5. ed. rev., atual. e ampl., v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 480-481).

eventualmente coletivo ou mesmo difuso. Empiricamente é constatável que quanto maior o grau de complexidade do caso, mais fluidez e transcendência são transferidas para o direito.

Segundo o CDC são coletivos os interesses "transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica". Apesar de serem (coletivos e difusos) considerados interesses transindividuais e de natureza indivisível, a distinção deve se dá no exame da titularidade e vinculação dos interessados.

O caráter diferenciativo reside na titularidade, caso sejam pessoas indeterminadas espraiadas na saciedade - difusos, ou pessoas determináveis, porquanto integrantes de grupo, categoria ou classe – coletivos. Nos primeiros as pessoas são unidas por "circunstancias de fato"; nos segundos, por uma "relação jurídica base".

Em se tratando de interesse do grupo, não convém a este ou aquele integrante fruir egoisticamente. Some-se a este argumento o fato de que em tempos de solidariedade a fruição de direitos deve seguir a sua cartilha. A razão de ser do direito deverá determinar a sua fruição. Demanda em situações complexas, portanto, a reconstrução do seu núcleo essencial, quando possível. Numa associação de pais, por exemplo, há uma relação jurídica base, não existindo apenas um liame fático. A família, uma associação, um sindicato, uma cooperativa, dentre outros, possuem esta característica relacional. A indivisibilidade, pois, não se conceberia mesmo um tratamento diversificado entre membros de uma categoria. Uns não poderiam conseguir mais segurança que outros nestas circunstâncias.

Como se verifica, "interesses difusos" são aqueles que abraçam um número indefinido de pessoas ligadas por circunstâncias de fato idênticas ou semelhantes e "coletivos" aqueles relacionados a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, unidas entre si (ou com a parte contrária) por uma relação jurídica base. Portanto, a indeterminidade é a característica fundamental dos "interesses difusos" e a determinidade daqueles interesses que envolvem os "coletivos".

A locução "direitos individuais homogêneos" foi inserida em nosso direito positivo pelo CDC, para indicar um conjunto de direitos subjetivos "de origem comum" (art. 81, parágrafo único, III), que em razão de sua homogeneidade, podem ser tutelados por "ações coletivas", na forma do Capítulo II, do Título III, do referido Código (art. 91 e ss).

A homogeneidade não é uma característica individual e intrínseca desses direitos subjetivos, mas sim uma qualidade que decorre da relação de cada um deles com os demais direitos oriundos da mesma causa fática ou jurídica. Decorre, pois, de uma visão em conjunto

desses direitos materiais, identificando pontos de afinidades e de semelhanças, conferindo-lhes um agregado formal próprio, que permite e recomenda defesa conjunta.

Importa destacar, antes que algum equívoco se estabeleça, que homogeneidade não é sinônimo de igualdade, mas de afinidade. Direitos homogêneos não são direitos iguais, mas similares. Neles é possível identificar elementos comuns (núcleo de homogeneidade), mas também, em maior ou menor medida, elementos característicos e peculiares, o que os individualiza, distinguindo uns dos outros (margem de heterogeneidade).

Os subsídios essenciais para a constituição do núcleo de homogeneidade emanam de motivos relacionados à origem dos direitos subjetivos. São direitos derivados da incidência de um mesmo conjunto normativo sobre uma situação fática idêntica ou assemelhada.

Exemplo muito citado na doutrina diz respeito a determinadas pessoas contaminadas com o vírus da SIDA (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – a 'Aids') em razão de transfusão de sangue num dado hospital público. Igualmente seria a situação decorrente de danos causados à saúde de determinadas pessoas que consumiram água contaminada em suas casas. Sendo determinadas as pessoas, o dano individualmente sofrido acidentalmente, adquire o caráter coletivo, recomendando-se a pretensão jurisdicional "molecularizada" e não "atomizada" (interesse individual homogêneo).

Na dimensão metaindividual o interesse à indenização das vítimas do tabagismo é individual homogêneo. Se a aspiração é a reparação/compensação do dano já ocorrido, por exemplo, aos passageiros e tripulantes de transporte urbano, enquanto fumantes passivos, o interesse é individual homogêneo, isto porque direitos ou interesses homogêneos são os que têm a origem comum (art. 81, III, da Lei 8.078/90). Do contrário, caso seja o objeto da ação a proteção da "saúde pública" o interesse é "difuso".

A homogeneidade se dá na medida em que existam vários titulares de interesses idênticos, de natureza comum, similar, justificando sua análise conjunta e simultânea. A situação fática de origem comum une pessoas com o mesmo interesse, não existindo qualquer relação jurídica base criando este liame. Como verifica o autor, diferem dos difusos e dos coletivos: quanto aos difusos, em face da divisibilidade do objeto e identificação dos sujeitos; no tocante aos coletivos, em razão de inexistir nos individuais homogêneos relação jurídica base e indivisibilidade do objeto. Não se trata, portanto, de pluralidade subjetiva de demandas (litisconsórcio), mas de uma única demanda, coletiva, objetivando a tutela dos titulares dos

direitos individuais homogêneos. A ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos é, grosso modo, a *class action* brasileira[478].

A aplicação da ação civil pública na defesa de direitos individuais homogêneos representa, portanto, ferramenta processual alternativa ao litisconsórcio ativo facultativo previsto no CPC (art. 46). Consiste num procedimento especial estruturado sob a fórmula da repartição da atividade jurisdicional cognitiva em duas fases: a primeira constitui o objeto da ação coletiva propriamente dita, na qual a cognição se limita às questões fáticas e jurídicas que são comuns à universalidade dos direitos demandados, ou seja, ao seu núcleo de homogeneidade; e outra, a ser promovida em uma ou mais ações posteriores, propostas em caso de procedência da ação coletiva, em que a atividade cognitiva é complementada mediante juízo específico (margem de heterogeneidade) sobre as situações individuais de cada um dos lesados.

A cognição é visualizada em dois planos distintos: o horizontal e o vertical. No plano horizontal, ela pode ser plena ou limitada, dependendo da extensão do litígio posto em discussão. Será plena se o objeto da ação for a integralidade da lide; será limitada (ou parcial) se a demanda tiver por objeto apenas parte do conflito. No plano vertical, a cognição poderá ser exauriente (completa) ou sumária, tudo dependendo do grau de profundidade com que é realizada. A repartição da atividade cognitiva é, pois, uma característica técnica inerente ao procedimento da ação coletiva.

Em breves palavras, é possível afirmar que o direito coletivo em sentido estrito é o direito transindividual que encontra justificação numa relação jurídica base (grupos); que o direito "individual homogêneo" é o direito a priori individual (naturalmente egoístico por natureza), mas que, como tudo, sujeitando-se às possibilidades cada vez mais contingenciadas pelo paradigma calcado numa sociedade de consumo, apresenta situações fáticas cada vez mais semelhantes, e quando isso ocorre assume teor político e transcende à categoria de eventualmente coletivo. Noutras palavras é a mera constatação de que um número enorme de pessoas estão unidas em torno de um mesmo interesse individual. Isto, por si só, é capaz de conferir a ele o status de interesse e - depois, direito trasindividual, embora permaneça com a mesma essência ou natureza egocêntrica que se funda aqui, mais do que lá, na empatia.

No que se refere ao termo empregado "coletivos em sentido amplo", entendemos que esta expressão, nesta perspectiva aqui proposta, é sinônima da expressão "transindividual", gênero, de que são espécies todas as demais, portanto.

---

[478] ALONSO JÚNIOR, Hamilton. **Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 205.

Quanto à categorização “difuso”, entendemos que não é de boa técnica. Isto porque se refere não à titularidade do objeto em conflito, mas à forma em se encontram diluídas ou espraiadas as vontades ou interesses.

Por fim, metaindividual é o direito somatizado, complexo, que se forma a partir de vários interesses e direitos que se condensam e naturalmente se molecularizam. A doutrina repete muito como exemplos de direitos metaindividuais os direitos do consumidor e do meio ambiente, mas geralmente não explica essa questão do ponto de vista analítico - como vimos, o meio ambiente contém o direito à saúde).

Tanto é verdade que se buscarmos o significado da expressão metalinguagem, o dicionário dirá tratar-se de uma linguagem utilizada para descrever outra linguagem ou qualquer sistema de significação. Nesse sentido, o direito metaindividual é o direito que versa sobre outros direitos.

Usam largamente a expressão metaindividual como sinônimo de difuso. Por ora, temos seguro, que um direito “meta” será sempre difuso, como decorrência natural da própria complexidade que ostenta. Mas o inverso, necessariamente não se verifica, ao menos a priori e com vistas a uma dogmática razoável, possível; noutras palavras: zetética, para não esquecer as preleções de Tércio Sampaio Ferraz Jr. acima referenciadas. Todo direito que transcende e se espraia é, em maior ou menor medida, difuso. Desse modo, é possível falar em graus de difusão, verificados através da quantificação política que ostenta o objeto jurídico em análise.

Se pretendermos defender com base na titularidade que difuso é o direito que não se identifica o titular, estaríamos simplesmente negando tudo que sabemos sobre o poder do indivíduo, e estaríamos diante de um interesse que simplesmente não existe porque não tem “dono”.

A questão da “vontade inconsciente” já fora enfrentada linhas acima sob o mote da “atributividade” do Direito. Do ponto de vista lógico, seria impossível, porque só é titular de algo aquele que se considera e é considerado, mediante consenso, apto a exercer o seu domínio sobre algo ou alguém. Abram-se as portas para que o Sujeito, enquanto ator social, exerça o seu papel cidadão de participar das decisões de seu interesse, inclusive por meio da Ação Civil Pública.

Assim, é um equívoco pretender sinonimizar o interesse ou direito difuso ao metaindividual, pelo simples fato de que o difuso só recebeu o status de direito porque a doutrina ainda não era pacífica quanto a estas expressões, então na dúvida o legislador, por uma questão de política do Direito, e em nome da segurança jurídica, respondendo às pressões individuais massificadas, optou pela ampliação do espectro da lei.

A questão sobre ser interesse ou ser direito é pragmaticamente despicienda depois deste alargamento da lei, mas é compreensível, e até louvável o intento doutrinário de se restringir para dar mais segurança, funcionalidade, operacionalidade (dogmatização) afirmando de modo simplório que todo interesse relevante é jurídico, e por isto é direito.

Ora, por demais óbvia essa conclusão, se pensarmos que o Estado existe para conformar o poder, e que este, atualmente, se sabe, encontra-se distribuído em redes de interesses difusas, ora densificadas em núcleos menores (interesses coletivos em sentido estrito), ora tão fluidas que se confunde com toda a coletividade global (intereses metaindividuais), sem ser possível precisar a quem pertencem isoladamente, porque é de um só e de todos ao mesmo tempo; e na diferença se acha comum a todos; e na complexidade se acha a evolução da liberdade humana.

Assim, a governança vai reconhecer como direito o que se tornar tão relevante politicamente, que será capaz de comprometer a governabilidade. É um cálculo quase que completamente numérico. Que só se concretiza em razão da empatia, fonte de legitimidade e de legitimação do poder que se representa.

4.6 Aptidão da Ação Civil Pública para a tutela de direitos público-subjetivos

Como afiança Luiz Guilherme Marinoni, aquele modelo de processo, também chamado de processo civil clássico, baseia-se na necessidade de isolar o processo do direito material, espelha os valores do direito liberal, fundamentalmente a neutralidade do juiz, a autonomia de vontade, a não ingerência do Estado nas relações particulares e a incoercibilidade do *facere*[479].

São cada vez mais freqüentes as situações em que se configura o nascimento de direitos subjetivos que, pertencentes a um grande número de pessoas diferentes, derivam de um mesmo fundamento de fato ou de direito ou guardam, entre si, relação de afinidade em alto grau, em razão das referências jurídicas e fáticas que lhes servem de base. A sua defesa coletiva em regime de litisconsórcio ativo é, nos termos do CPC (art. 46 e ss.), inviável do ponto de vista prático.

---

[479] Luiz Guilherme Marinoni, **Teoria geral do processo,** p. 29.

Por seu turno a alternativa de sujeitar cada um dos interessados a demandar individualmente é ainda mais acabrunhadora porque do ponto de vista do titular do direito, o custo que representa ir a juízo, entendido esse custo em seu sentido amplo (financeiro, emocional, profissional, social), sobretudo, se somado a isto o escasso resultado que pode advir de uma sentença de procedência.

Cappelletti e Gerth citados por Hamilton Alonso Jr., destacam que atualmente existe uma verdadeira simbiose entre o acesso à justiça e a legitimação para a tutela dos direitos coletivos, com o escopo de conseguir um eficiente acesso ao Judiciário[480]. Destaca o autor, nas vozes prelecionadas, o que denominam de três 'ondas', cronologicamente cadenciadas, do movimento rumo à tutela coletiva: a) a primeira foi a idéia de assistência judiciária; b) a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para interesses 'difusos', especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e, c) a terceira é que chamamos de acesso à justiça. Esta última tem o condão de incluir os posicionamentos anteriores e ir muito além deles, dessa forma, consubstancia-se numa tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.

Nesse contexto surgiram as experiências brasileiras no domínio das ações coletivas, destinadas a enfrentar e dar solução a controvérsias de grande dimensão subjetiva. Inspiradas nas *class action for damages* do direito norte-americano, as ações coletivas têm, como aquelas, vertentes bem definidas.

O legislador não poderia ficar insensível às inquestionáveis vantagens que decorrem da concentração, num único ou em alguns poucos processos, da tutela de direitos individuais "semelhantes", resultantes de lesão perpetrada a grande número de indivíduos envolvidos em situação com características comuns.

O emprego das ações constitucionais implica uma série de dificuldades, sobretudo em decorrência das especificidades que cercam cada uma delas; isto porque, naturalmente, algumas ações têm grau de complexidade mais elevado que outras. Por exemplo: enquanto o uso do "habeas corpus" em sede de controle difuso de constitucionalidade não se reveste de muito enredamento, considerando que os efeitos da decisão somente aproveitam à parte suplicante, discute-se o alcance da provocação de inconstitucionalidade em sede de mandado de segurança, especialmente na modalidade coletiva, hipótese que pode abranger a ação

[480] Hamilton Alonso Júnior, op. cit., p. 196.

popular, em muitas situações, bem como a ação civil pública, em defesa de direitos sociais fundamentais[481].

Numa perspectiva comparada Antonio Gidi, destaca alguns requisitos que devem ser observados para a propositura da ação coletiva: a) o grupo titular do direito violado seja tão numeroso que o litisconsórcio seja impraticável; b) exista uma questão comum, de fato ou de direito, unindo as pessoas interessadas em um grupo mais ou menos uniforme; c) o representante tenha as mesmas pretensões dos demais membros do grupo, sendo um representante típico dos interesses do grupo; d) o autor represente adequadamente os interesses dos demais membros do grupo[482].

Hipóteses de cabimento que autorizam a propositura da ação coletiva, que somente poderá prosperar se a situação fática (o conflito coletivo) se subsumir em uma das três amplas categorias previstas na lei, todas relacionadas aos conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, aliás, em todo caso, situações onde a titularidade dos direitos encontra-se calcada na supraindividualidade. Há que se destacar, contudo, que não sem justificativa o processo coletivo poderá suprimir direitos nomeadamente individuais[483].

O processo nesses casos é *sui generis*, portanto; possuindo aspectos não só do processo de conhecimento, como também do processo cautelar e do processo de execução. A esses processos dá-se a execução provisória da sentença. São, acima de tudo, ações cognitivas, nas quais, em geral, há uma concentração do iter procedimental, por suprimidas a possibilidade de produção de provas em momento especialmente destinado a isso. Assim, as

---

[481] Vladimir da Rocha França define os direitos fundamentais como direitos constitucionais (individuais, sociais, econômicos, políticos e ambientais), baseados na norma constitucional (princípios e regras constitucionais), que têm existência jurídica incondicionada e inviolável, gozando de supremacia jurídica sobre dos demais direitos constitucionais e infraconstitucionais. Em trecho, adverte o autor que a concretização desses direitos não pode estar condicionada por normas remissivas ou programáticas, sob pena de "paralisia constitucional" (FRANÇA, Vladimir da Rocha. "Perfil constitucional da função social da propriedade", capturado de http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=676 , em 09 de dezembro de 2007). Noutra oportunidade, o autor leciona que as diretrizes constitucionais estabelecem objetivos para o Estado e para sociedade, os quais deverão ser alcançados por instrumentos jurídicos (FRANÇA, Vladimir da Rocha. "Questões sobre a hierarquia entre as normas constitucionais na Constituição de 1988". *In:* Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Pernambuco. Vol. 2. Nº 4. Recife: ESMAPE, abril/junho de 1997, p. 481).

[482] Antonio Gidi, op. cit., p. 15.

[483] Teori Albino Zavascki chega a afirmar que os direitos individuais homogêneos não estariam sob o alcance da LACP, por não prestar-se, tecnicamente, o *nomen júris* à tutela de direitos dessa natureza. Segundo o autor, para esses direitos, o procedimento deveria ser outro; terminando, então, por sugerir diferente nomenclatura: "ação coletiva ou ação civil coletiva" - termos já empregados pelo CDC (art. 91) -, para logo depois reconhecer que tanto a legislação quanto as jurisprudências do STJ (Superior Tribunal de Justiça) e do STF (Supremo Tribunal Federal) conferem a denominação de ação civil pública para "todas, ou quase todas, as ações relacionadas com o processo coletivo, inclusive para as que tratam de direitos individuais homogêneos" (Teori Albino Zavascki, op. cit., p. 65).

provas, em geral, são pré-constituídas e apresentadas já com a inicial[484], e a necessidade de produzi-las posteriormente, em se fazendo presente, faz com que se remeta a ação para o rito comum ordinário[485].

Assim, durante muito tempo, não se admitiu a utilização da ação civil pública em sede de controle incidental de constitucionalidade, tendo em vista que a decisão que afastava a incidência de determinada norma por eventual incompatibilidade com a ordem constitucional possuía o mesmo efeito das ações diretas de inconstitucionalidade. Nada obstante o imediatamente postulado, vejamos a seguir o posicionamento de alguns doutrinadores acerca da hipótese que nos move.

No que se refere aos limites da ACP, é preciso ter em mente que se encontra plasmado nas ações de índole privada a imbricação interesse/legitimação, nada obstante não seja exatamente a mesma em se tratando de ações coletivas, tendo em vista que neste caso, o bem de vida almejado não diz respeito nomeadamente ao autor, o qual se apresenta na qualidade de mero representante.

Como anunciado, decorre, pois, do "princípio do acesso à justiça", imbricado com o "princípio da dignidade da pessoa humana", com o fim de garantir a consecução da exigência perpétua do Estado - a "justiça" enquanto virtude[486] -, que para cada direito, e nesse caso o direito à saúde, deve haver pelos menos um instrumento apto (e eficiente) à concretização.

A ação civil pública, dentre os instrumentos processuais para tutela coletiva, tem se mostrado o mais adequado à realização de tal empreitada. Sua natureza jurídica como instrumento constitucional de exercício de cidadania, manejado pelos corpos intermediários representativos da sociedade civil são indicativos de sua aptidão para concretização dos interesses transindividuais.

Contudo, somente com a entrada em vigor da Lei federal 8.078/1990, o CDC, ocorre a ampliação do objeto da ACP, o que possibilitou a tutela coletiva dos direitos individuais eventualmente coletivos. Antes, só era admitida a legitimidade ativa do Ministério Público,

---

[484] Trata-se do princípio da eventualidade que em sua conceituação ampliativa é princípio segundo o qual as partes têm o ônus de apresentar, concentrada e simultaneamente, em um único ato, todas as alegações e meios de prova pertinentes, ainda que de natureza diversa ou incompatíveis entre si, para a eventualidade de não ser acolhido algum dos argumentos utilizados, cabendo ao juiz utilizar o subseqüente. Tal princípio também recebe a denominação de "princípio de ataque e defesa global", "princípio de acumulação eventual" ou "princípio da concentração" (cf., Guilherme Freire de Barros Teixeira, op. cit., p. 24).

[485] Willis Santiago Guerra Filho, **Processo constitucional...,** p. 11.

[486] Há que se destacar a diferença entre justiça judiciária e justiça social. Entendemos ser esta *gênero* e aquela *espécie* desse gênero. Na seara da justiça social estariam todos os meios que o Estado deve assegurar para que o indivíduo se realize em sociedade, inclusive os direitos à saúde, educação, moradia, lazer etc. Todavia, quando negada a justa parcela prestacional, deve-se buscar no Poder Judiciário a concretização do direito lesado ou sob ameaça de lesão. Assim, a instrumentalização para o alcance de direitos é condição *sine qua non* para a realização do verdadeiro acesso ao Judiciário.

com o CDC passou-se a admitir outros legitimados. Calha que se aperfeiçoou de maneira significativa o sistema processual na defesa dos interesses difusos e coletivos, e, a exemplo da Constituição Federal, a nova lei faz menção às expressões: "outros interesses difusos e coletivos"*;* agora, para todos os co-legitimados.

Afigura-se óbvio que não há grandes discussões acerca da legitimidade passiva, considerando que todos com capacidade processual podem ser posicionados no pólo passivo, inclusive o indivíduo em situação eventualmente coletiva. Assim, resta a análise do que realmente importa: a legitimidade ativa, já que também se restringe a demanda subjetivamente ao fundamento invocado, o que impede a intervenção de terceiros, sob argumento da impossibilidade de admissão de debate inovador quando este estiver calcado na responsabilidade objetiva. Fora esta hipótese e não havendo tumulto processual, não há impedimento para que se dê a intervenção, a assistência ou litisconsórcio, cabendo ao titular da ação a opção de acionar apenas um ou todos ao mesmo tempo.

O rito a ser adotado é o ordinário em razão da ausência de disciplinamento na legislação específica (aplicação subsidiária do CPC), de estar-se tratando de direito indisponível e, portanto, merecer maior discussão.

De acordo com a legislação procedimental (art. 6º, CPC), compete apenas ao titular do interesse a ser posto em juízo o direito de ação. Estabelece, então, que "ninguém pode pleitear em nome próprio direito alheio, salvo quando autorizado por lei". Natural que o citado código foi elaborado para um direito de caráter eminentemente individualista e estamos em tempos de processo coletivo na perspectiva dos direitos de solidariedade. Tal fato determina o traslado não perfeito à legitimação para agir nas ações coletivas, onde o objeto tutela é metaindividual, em decorrência da indeterminação dos sujeitos. Assim, são legitimados a ajuizar a ação civil pública o Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público interno, algumas entidades da administração indireta, órgãos despersonalizados dessas entidades e associações.

É ponto pacífico e constitucional a legitimação conferida pelo o Código de Defesa do Consumidor ao Ministério Público para promover a ação coletiva, aliás, deve ser o interesse social causa suficiente para legitimá-lo para toda e qualquer demanda. A discussão até haveria razão de ser, caso se tratasse de interesse individual. Isto porque não seria concebível que o Ministério Público atuasse em defesa de interesse egoístico deste ou daquele indivíduo como se advogado fosse. Como se verifica, a legitimidade deverá ser conformada com os objetivos constitucionais da instituição. Contudo, a discussão ganha relevância quando surgem os direitos individuais de caráter homogêneo.

Nesse sentido os tribunais superiores têm entendido o *Parquet* como parte interessada e, portanto, legítima para propor ações dessa natureza quando presente a relevância social na lide, não obstante inúmeras decisões evidenciem a confusão que se faz entre interesses coletivos propriamente ditos e os eventualmente coletivos (ou individuais homogêneos). Assim, o juízo da relevância social deve ser efetuado no caso concreto.

Com pertinência Hamilton Alonso Jr. destaca a súmula 7 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo como um bom exemplo de que esse entendimento já se encontra arraigado em território nacional, senão vejamos sua orientação: "O MP está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: os que digam respeito à saúde ou a segurança das pessoas ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação... (grifos nossso)"[487].

Conclui o mencionado órgão consultivo que a defesa dos direitos individuais homogêneos é conferida pelo Código de Defesa do Consumidor, e há de ser vista como destinação institucional do Ministério Público, que sempre deve agir em defesa de interesses indisponíveis, ou de interesses que, pela sua natureza ou abrangência, atinjam a sociedade como um todo.

Como se observa esta legitimação é autônoma, concorrente e disjuntiva; ou seja, todos os legitimados podem propor a ação (concorrente) e podem agir sozinhos ou, por opção, em litisconsórcio com outros.

Outro fenômeno interessante diz respeito à tendência natural pela ausência de necessidade de que a ordem jurídica preveja a providência pretendida pelo postulante para se concluir pela possibilidade jurídica do pedido em sede de tutela coletiva. Atualmente, é possível afirmar que a possibilidade exsurge da mera inexistência de proibição expressa do ordenamento legal ao pedido veiculado na petição inicial. Lembra, portanto, o princípio da reserva legal, próprio do direito penal, o qual consiste em: o que não é proibido, logo é permitido. Nessa seara vige a presunção de inocência e o direito de ir e vir do indivíduo em sociedade. Aqui, a prevalência do interesse coletivo. Tem sido adotado pelo sistema processual brasileiro a teoria abstratista, na qual o direito de ação não está vinculado com o direito subjetivo material. É autônomo, independente da obtenção da análise do mérito. Contudo, como dito anteriormente, nada é estático, e, por vezes, o meio procedimental assume feição de direito material, e vice versa.

---

[487] Hamilton Alonso Junior, op. cit., p. 207.

Bem verdade que o direito de ação é instrumental em relação ao direito substancial (material). Assim, torna-se possível pedir providências concretas à luz do direito material vilipendiado.

A ação civil pública tem natureza inicialmente processual e dependerá sempre de uma norma de direito material para que lhe seja dada sustentação concreta. Depois que se estabelece sua adequação, emerge com força seu caráter material-concretizador. De intróito se adverte acerca do caráter fundamental da ação civil pública; e, não é preciso ir muito longe para verificar determinados aspectos de direitos materiais com nuances procedimentais.[488] O que se pretende concluir é que em sua aplicação o Direito é uno; portanto, essa discussão só assume maior relevância durante o juízo de admissibilidade.

4.7 Objeto da Ação Civil Pública

É sabido que, é por meio do pedido que o objeto nas ações civis é externado, admitindo variadas formas, que se subdividem em simples, cumulado, sucessivo, alternativo e eventual, de acordo com o artigo 286 e seguintes, do CPC.

Moacyr Amaral Santos elenca uma diferenciação entre os pedidos imediato e mediato ao afirmar que "o pedido imediato consiste na providência jurisdicional solicitada: sentença condenatória, declaratória, constitutiva ou mesmo providência executiva, cautelar ou preventiva. O pedido mediato é a utilidade que se quer alcançar pela sentença, ou providência jurisdicional, isto é, o bem material ou imaterial pretendido pelo autor. Aqui será o recebimento de um crédito: ali, a entrega de uma coisa, móvel ou imóvel ou o preço correspondente"[489].

É possível, conjugando-se objeto e causa de pedir, chegar a uma das mais importantes classificações das ações, qual seja: reais, pessoais, mobiliárias, imobiliárias, quando se pode então, de acordo com os artigos 94 e 95 do CPC, estimar-se qual o foro competente.

---

[488] Rodolfo de Camargo Mancuso destaca que "A lei 7.347/85" não tem característica de texto de direito material, apresentando-se precipuamente como lei de natureza processual que objetiva disciplinar a ação civil pública em matéria de interesses metaindividuais. Essa a razão pela qual a lei não contém dispositivos conceituais" (MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 324).

[489] AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 19. ed. São Paulo, Saraiva, 1997, v. 1, p. 163.

Vale destacar no que se refere à ação civil pública, que o art. 3º da Lei 7.347/85 aduz que "A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer".

Verifica-se que para ser eficaz, o implemento do julgado, somente poderá realizar-se por meio da execução específica, de modo a que se obtenha o restabelecimento do bem ou do interesse lesado ao seu estado de origem, levando-se em consideração o desiderato perseguido na ação civil pública a partir de seu preâmbulo, qual seja, a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, aos consumidores e ao patrimônio cultural e natural do País, assim como a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Todavia, muitas vezes tal providência não se mostra admissível. Há que se destacar que no caso acima citado, a saída para a resolução de tal questão - de interesses e direitos que podemos denominar de dessubstantivados -, se dará através da adequada substituição monetária, em situações onde o peculiar ressarcimento seja impraticável, de tal forma que, conforme o referido no artigo 13 da Lei 7.347/85, será revertido para o "fundo". Isto porque, estes bens e interesses difusos (flora, fauna, recursos hídricos), não admitem, conforme ocorre nas lides intersubjetivas a afetação do fruto da condenação a um prejudicado em particular.

A lei instrumentou o magistrado da possibilidade de fixar *astreintes*, e isto "independentemente de requerimento do autor", isso porque da leitura do art. 11 da lei em questão, fica evidente que a intenção do legislador é a de obter sempre que possível, a reparação do ato praticado, e nesse caso de acordo com o aspecto do artigo 287 do CPC, com redação da Lei 10.444/2002, o objeto da ação, terá índole exclusivamente cominatória.

Frente à Lei 7.347/85 é de se colimar a opinião de Hely Lopes Meirelles, quando diz que a imposição judicial de fazer ou não fazer é mais racional que a condenação pecuniária, porque na maioria dos casos o interesse público é mais o de obstar à agressão ao meio ambiente ou obter a reparação direta e em espécie do dano, do que receber qualquer quantia em dinheiro para a sua recomposição, mesmo porque quase sempre a consumação da lesão ambiental é irreparável, como ocorre no desmatamento de uma floresta natural, na destruição de um bem histórico, artístico ou paisagístico, assim como no envenenamento de um manancial com a mortandade da fauna aquática[490].

O artigo 3º, I, da Lei 6.938/81 traz a definição de meio ambiente em sua formulação naturalista, como sendo "O conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem

---

[490] MEIRELES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data", ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental.** 23. ed., atualizada por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo, Malheiros, 2001, p.174.

física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas". Todavia, é na Carta Magna, mais especificamente no capítulo dos "princípios gerais da atividade econômica" que vem inscrita a defesa do "meio ambiente" (art. 170, VI).

Fábio Konder Comparato referenciado por Rodolfo de Camargo Mancuso, vê os consumidores como os "que não dispõem de controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes"[491].

Inexistia originalmente na LACP, o amparo aos consumidores, este apenas ocorria no aspecto coletivo - consumidores de certo medicamento tido como nocivo à saúde etc., contemplando-se a possibilidade de em apenas uma única ação coletiva, se ressarcir individualmente os prejudicados. Todavia, ao se contrapor a índole ideológica da ação prevista pela Lei da ação civil pública às concepções do interesse de agir e da legitimação para a causa aceitas à época, consideradas de certa forma um tanto quanto individualistas, tal providência prevista na lei citada, era perfeitamente aceitável.

Entretanto, com o advento do CDC, passou-se a conceituar os interesses individuais homogêneos, fato esse que veio a ensejar a possibilidade do ajuizamento de uma única ação coletiva, nesta se profere uma condenação genérica, na qual, com a finalidade de se compensar as lesões sofridas individualmente e de acordo com os artigos 81, parágrafo único, III, 91, 95 e 97, se acompanha uma etapa de liquidação por artigos.

O CDC trouxe, através dos artigos 2º e 3º, a definição legal de quem são os legitimados ativos e passivos – consumidor e fornecedor respectivamente –, e ainda o que vem a ser produto e serviço (§§ 1º e 2º do art. 3º). É de se destacar da mesma forma, no artigo 81, parágrafo único, I, II e III, os conceitos de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O art. 110 do Código de Defesa do Consumidor reinseriu a cláusula "qualquer outro interesse difuso ou coletivo" (inc. IV do art. 1º da Lei 7.347/85), com isso, o objeto da ação civil pública tornou-se ainda mais abrangente.

Nesse sentido, aduz Hugo Nigro Mazzili que: "Inexiste taxatividade de objeto para a defesa judicial de interesses transindividuais. Por isso, além das hipóteses já expressamente previstas em diversas leis (meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, crianças e adolescentes, pessoas portadoras de deficiência, investidores lesados no mercado de valores mobiliários, ordem econômica, economia popular, ordem urbanística), quaisquer outros interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos podem ser defendidos em juízo por

[491] Rodolfo de Camargo Mancuso, **Ação civil pública**..., p. 36.

meio da tutela coletiva, tanto pelo Ministério Público como pelos demais co-legitimados do artigo 5º da LACP – Lei de Ação Civil Pública e artigo 82 do CDC"[492].

Entretanto, esse aspecto não gera a precipitação de ser atribuída uma expansão desproporcional ao objeto da ação civil pública. A explicação para isso é que, por um lado, mesmo em se tratando dos "individuais homogêneos", o mérito objetivado estará condicionado continuamente à seu aspecto coletivo, é de se destacar aqui, o parágrafo único do artigo 81 do CDC; por outro lado, de acordo com o parágrafo único do artigo 46 do CPC, não obstante esse elemento seja capaz de oferecer outra nuança e ainda em se tratando dos individuais homogêneos, proceder do cabimento do trato processual coletivo, sobretudo diante da reserva legal no que se refere à constituição do litisconsórcio ativo facultativo 'multitudinário', ainda assim, é válido conjeturar que preexiste ininterruptamente a importância do mérito para a sociedade civil.

O STF entendeu em optar pela competência da Justiça trabalhista ao solucionar um conflito de competência em ação civil pública diligenciada pelo *Parquet* de Minas Gerais, na qual se pleiteava a condenação de bancos, em decorrência de funcionários atingidos em sua saúde em razão de lesões por esforço repetitivo (LER). Comentou o relator, Ministro Marco Aurélio com fundamento nos artigos 114 da CF e 83, III, da Lei Complementar Federal 75/93, "estar em jogo o meio ambiente do trabalho, direitos coletivos indisponíveis e, portanto, direito substancial dos próprios empregados, tudo a pressupor relação jurídica empregatícia, ou seja, liame regido pela Consolidação das Leis do Trabalho"[493].

Carlos Alberto de Salles e Jorge Luiz Ussier, entretanto, elencam determinadas exceções à inteligência do STF, tomando por base a Lei n. 8.080, de 19.09.1990 (Lei Orgânica da Saúde) e indicando ainda que: "O meio ambiente do trabalho, assim, não interessa apenas aos empregados e empregadores, pois os danos decorrentes de sua degradação – ou seja, os acidentes e doenças do trabalho – atingem a todos, pela ofensa direta à qualidade de vida de toda a sociedade e ainda pelos prejuízos econômicos advindos da socialização dos custos do seguro de acidentes do trabalho e da manutenção da saúde pública"[494].

Outro aspecto que deve se destacar é o do controle das avocadas políticas públicas, por onde se estende o objeto da ACP, no qual se depara imediatamente com certas dificuldades

---

[492] MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 16 ed., São Paulo, Saraiva: 2003, p. 118.
[493] RE 206.220-1/Minas Gerais, 2ª T., j. 16.03.1999.
[494] Autores citados por Rodolfo de Camargo Mancuso (idem, p. 42).

em campos inicialmente favoráveis à atividade discricionária da Administração, como as da sindicabilidade judicial dos atos de governo, das políticas governamentais.

É de salientar, todavia, que hodiernamente entende-se que tão somente estão preservados do embate judicial os atos puramente discricionários ou os exclusivamente políticos.

Seja porque seu agente está ocupando um *múnus* público, seja pelo competente caráter de tais atos de gestão, ou ainda pela falta de disponibilidade do interesse público, pode-se afirmar em sentido lato, que atualmente entende-se que a maior parte dos atos administrativos, é de certa forma vinculada.

Celso Antonio Bandeira de Mello alerta para o fato de que os procedimentos com que comumente se tem buscado enxergar os atos discricionários e os atos vinculados são temerários porque conduzem a uma errônea compreensão do fenômeno jurídico em causa, distorcem-lhe a fisionomia, obstaculam seu entendimento e ocultam aspectos capitais dele. Daí que terminam por induzir a conclusões inteiramente falaciosas das quais resulta o danosíssimo efeito de arredar o Poder Judiciário do exame completo da legalidade de inúmeros atos e conseqüente comprometimento da defesa de direitos individuais[495].

Também registra João Batista de Almeida:

> Não vejo por que não prestigiar a tese que admite o uso da ação civil pública quando o pedido é a implementação de políticas públicas, pois, do contrário, o administrador ficaria totalmente livre para descumprir normas constitucionais e dispositivos legais, inclusive orçamentários, sem poder ser compelido na via judicial ao respectivo cumprimento. Nesse caso poderiam ser enquadrados, por exemplo, o fornecimento de ensino fundamental obrigatório, o transporte escolar, a aplicação do mínimo de 25% das receitas de impostos municipais em educação. A não-implementação das políticas públicas nas áreas mencionadas implica descumprimento de normas cogentes da Constituição Federal (art. 208, §§ 1º, 2º e 3º), que pode ser reparado por via da ação referida. O mesmo seja dito em relação à saúde (CF/88, art. 196 e ss.), à cultura (CF/88, art. 215 e ss.) e à família, à criança, ao adolescente e ao idoso (CF/88, art. 226 e ss.)[496].

Contrariamente, não se está a permitir na gestão da coisa pública, que o Poder Judiciário possa infligir à Administração Pública procedimentos de oportunidades e conveniência.

---

[495] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. "Relatividade" da competência discricionária. **Revista de Direito Administrativo** nº 212, abr.-jun. 1998, p. 54-55.

[496] ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 73.

Destaca-se a opinião de Hugo Nigro Mazzilli sustentando que "não se pode afastar do exame do Judiciário o pedido em ação civil pública que vise a compelir o administrador a dar vagas a menores nas escolas ou a propiciar atendimento adequado nos postos públicos de saúde. O que não se há de admitir, porém, é o uso da ação civil pública ou coletiva para administrar em lugar do governante"[497]. Contudo, o poder político é "uno", e, como afirmado alhures, se o legitimado direto não cumpre o seu papel, o seu dever é automaticamente transferido para os dois outros poderes, que têm competência subsidiária para o fazê-lo; na vez, o Judiciário.

Ao passo que a efetividade concreta da prestação jurisdicional no âmbito das políticas públicas exigirá muitas vezes um provimento de natureza mandamental, anota-se que, a partir da junção dos preceitos que na LACP versam sobre o pedido e a sentença, inferir-se-á que a ação civil pública se apresenta, inicialmente, de caráter prevalentemente cominativo, de ser tendente a comandos de fazer ou de se abster.

Sob o manto da eficiência, do custo-benefício e da imprescindibilidade da iniciativa, atuando o princípio da precaução como preceito de apreciação, a interferência judicial não se choca com o princípio da separação entre os Poderes, ao contrário, acaba se legitimando como uma distinção sobre política pública.

É mister salientar que da simples leitura da cláusula "a qualquer outro interesse difuso ou coletivo" previsto no inciso IV do art. 1º da Lei da ACP, e, também, do art. 129, III, parte final da Carta Magna, infere-se em princípio, que o objeto da ação civil pública está acessível a novos e acentuados interesses metaindividuais.

Nesse sentido, Wallace Paiva Martins Júnior salienta que inexiste margem de liberdade negativa no campo do serviço público em razão de sua essencialidade; e segundo porque o poder público e o consumidor calcado nom interesse público primário pode exigir da Administração a restrição de seu interesse secundário[498].

Neste sentido, considerando como secundários os interesses "egoísticos do Estado", é salutar o aporte de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem "o desvio de poder, com alheiamento a qualquer finalidade pública, é um vício que encontra espaço para medrar

---

[497]MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 121.

[498] MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A discricionariedade administrativa à luz do princípio da eficiência. **Revista dos Tribunais**, nº 789, jul. 2001.

precisamente quando o agente público está no exercício de *competência discricionária*" (grifos originais)[499].

Cabe, entretanto, a ressalva de que os interesses secundários só se tornam alheios à finalidade pública se eclipsam os interesses primário (essencialmente voltado para a efetivação da ordem subjetiva social: direitos fundamentais de natureza pública, os chamados direitos público-subjetivos).

Hamilton Alonso Júnior por sua vez adverte que a democracia participativa e a tendência crescente de controle social do poder encontram na ação civil pública fórmula processual de trazer para dentro do processo discussão até então inusitada acerca do melhor para a sociedade. Aquela conhecida argumentação de inexistência de recursos ou falta de previsão orçamentária (reserva do possível) deverá ser trazida aos autos documentalmente e confrontada na instrução com outras provas. Caso seja verdadeira, o prazo para o cumprimento da obrigação deverá ser ampliado[500].

4.8 Interesse processual e legitimação para agir

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart alertam que "não se pode conceber o processo coletivo sob a perspectiva da ação individual, nem se pode aplicar indiscriminadamente as noções do processo individual para a tutela coletiva. De fato não há razão para tratar da legitimidade para a tutela dos direitos transindividuais (ou mesmo dos direitos individuais homogêneos) a partir de seu correspondente no processo civil individual"[501].

Ada Pellegrini Grinover observa que a representatividade adequada, importantíssimo dado para a escolha dos legitimados às ações coletivas, é portanto exclusivamente fixada na base dos mencionados critérios legais, enquanto, por outro lado, a tendência atual seja por combinar critérios propostos das *class actions* e da *civil law*, confiando ao juiz, caso a caso, o exame discricionário da adequação e da capacidade do portador do interesse, e indicando a pré-constituição e as finalidades institucionais como simples dados que seriam tomados na

---

[499] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial.** 2. ed. 7ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 63.
[500] ALONSO JÚNIOR, Hamilton. A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais. In: **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. Coordenado por Edis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 217.
[501] Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, op. cit., p. 758 (rodapé n. 1).

devida consideração. "Todavia, é de se lembrar que a lei prevê em qualquer caso a intervenção do MP, ainda que como *custos legis*, com o que se atenuam ao menos em parte os riscos de falta de 'representatividade adequada'"[502].

Os idealizadores da ação civil pública pátria tiveram como merecimento o fato de terem conseguido retirar das normações e conhecimentos do direito comparado os procedimentos que, em nações como aquelas, tornaram possível a implementação de uma jurisdição de tipo coletivo, e também, procederam à seleção em meio às diversas técnicas praticadas naqueles países, de forma a receber os elementos que se mostravam compatibilizados com a realidade jurídico-política brasileira.

Luís Roberto Barroso no que tange à ação civil pública prevista na Lei 7.347/85, esclarece que: "foi um salto do direito brasileiro para a contemporaneidade. Sem as honras do pioneirismo – a *class action* do direito norte-americano remonte a meados da década de 60 -, equipara-se ela às formulações mais avançadas dos diferentes sistemas jurídicos. Na sua disciplina, mereceram solução pelo menos razoável três intrincadas complexidades processuais: a legitimação ativa, o tipo de tutela a ser proporcionada e os efeitos da decisão e da coisa julgada"[503].

A doutrina tem classificado a partir do trinômio "necessidade-utilidade-adequação" (ver porto sobre interesse jurídico) o interesse processual, interesse de agir e o interesse *ad agendum* da seguinte forma: a) imprescindibilidade do recurso ao Poder Judiciário com a finalidade de se alcançar determinado bem de vida, porque não foi possível consegui-lo pelos meios sucessórios (ex. cobrança de um título executivo extrajudicial, vencido, protestado e não satisfeito pelo devedor), ou ainda porque o competente direito positivo determina a interferência jurisdicional (ação de divórcio; ações ditas constitutivas *necessárias*); b) amoldamento do provimento almejado, ou seja, sua aptidão técnico-jurídica para respeitar à expectativa do autor (ex.: para quem foi esbulhado em sua posse, não é apropriado o pedido de mero interdito proibitório, visto que essa medida é inidônea para restituir a posse perdida), em que pese a possibilidade do autor da beneficiar-se de uma certa "fungibilidade", reconhecida entre as ações possessórias (art. 920, CPC); c) conveniência do meio processual escolhido. Muito embora exista uma certa divergência doutrinária no que se refere a essa questão, o que transparece é que ele faz parte da concepção do interesse processual, tendo em vista que a acessibilidade à tutela jurisdicional possui por desígnio o fato de que a providência

[502] GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores, **Seleções Jurídicas**, COAD, set. 1986, p. 5.
[503] BARROSO, Luís Roberto. A proteção do meio ambiente na Constituição Brasileira. **Revista Forense**, v. 317, p. 176-177.

discutida necessitará aditar determinada carga valorativa ou prerrogativa à parte ou interessado[504].

Para Vicente Greco Filho a doutrina dominante é no sentido de que o Código exige, quanto ao interesse, também a utilidade, e que o parágrafo único do artigo 4º existe exatamente porque é uma exceção a essa regra. Caso o princípio geral do Código dispensasse a utilidade para a ocorrência de interesse, o dispositivo referido seria inútil e repetitivo, justificando-se, pois, em virtude de sua excepcionalidade, ou seja, porque o Código, em princípio, somente admite a provocação do Judiciário quando o autor tiver necessidade de obter o provimento jurisdicional e, também, quando esse provimento lhe puder trazer utilidade prática[505].

Todavia, existem proposições onde o mérito processual e a legitimação para agir tornam-se superpostas, o que torna complicado tal diferenciação. Nesse sentido Donaldo Armelin lembra que a diferença entre a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir, posto que factível, não apresenta a facilidade de seu destaque da possibilidade jurídica do pedido[506].

Muito embora o cidadão possua interesse em que as leis e atos normativos sejam segundo a Constituição Federal, no entanto necessitam de legitimação para a ADIn e a ADC, onde o poder de agir é dado aos agentes públicos e àqueles órgãos arrolados no art. 103 da CF com a redação da EC 45/2004. Todavia, é oferecido ao particular, de acordo com o § 1º do art. 2º da Lei 9.882/99, através do direito de petição, representar ao Procurador-Geral da República solicitando reiteradamente ao mesmo propor a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Verifica-se assim, no campo dos processos objetivos de controle de constitucionalidade (ADIn, ADC, ADPF), a influência mútua entre os planos do interesse de agir e da legitimação ativa.

É de se anotar que na esfera da ação civil pública o controle de constitucionalidade pode ser realizado não em forma de pedido, mas tão-somente de maneira incidental, ou ainda como causa de pedir. Isso porque, ou os legitimados ativos para ADIn, ADC e ADPF são distintos daqueles aos quais se oferece a ação civil pública, ou ainda porque, o juiz de primeira instância seria capaz de resolver, se se considerasse admissível essa fungibilidade, sobretudo, a disputa constitucional em uma decisão que não teria eficácia *inter partes*, mas *erga omnes*, de acordo com o artigo 16 da Lei 7.347/85, o que violaria a cláusula de reserva

---

[504] Rodolfo de Camargo Mancuso, ibid, p. 49.
[505] GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**.17 ed., São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 83.
[506] Donaldo Armelin citado por Rodolfo de Camargo Mancuso, ibid, p. 50.

de plenário prevista na Constituição Federal, artigo 97 e no artigo 480 do CPC (ver ponto sobre controle de constitucionalidade e ação civil pública).

É mister ressaltar a importância de tais cogitações, que refletem na relação processual e na condição das partes, daquelas advirão a acentuada implicação da formação de coisa julgada material ou apenas formal, isso dependerá do ajuste da espécie, seja no juízo de admissibilidade da ação proposta ou já no seu merecimento.

4.8.1 Qualificação jurídica da legitimação prevista no art. 5º da Lei 7.347/85

Tendo em vista que os interesses difusos em essência, não necessitam ter sua tutela balizada pelo desempenho de determinados órgãos governamentais, nem unicamente ao *Parquet*, considerando que os interesses almejados são metaindividuais, imperioso que, segundo o legislador, sua judicialização não fique circunscrita à um legitimado apenas, mas venha atribuída a mais de um ente exponencial que, agrupe as qualidades para tanto. Muito embora haja quem despreze o valor da personalidade jurídica das associações admitindo também legitimação a sociedades de fato.

Através da Argüição por descumprimento de preceito fundamental – ADPF – prevista no artigo 102, § 1º, da CF/88 e Lei 9.882/99, artigo 2º, § 1º, uma ação de tipo coletivo, de extração constitucional, há a possibilidade de legitimação do cidadão, para representar ao Procurador Geral da República, instando-o a intentá-la.

De acordo com a opinião de José Carlos Barbosa Moreira[507], nesse caso se cuida de legitimação concorrente e disjuntiva. De maneira que, apresentou-se falsificada a legitimação ativa antevista no art. 5º da Lei 7.347/85, tendo por amparo a norma de procedimento anteriormente referida, de índole pluralista e democrática, oferecida ao Ministério Público, aos entes políticos e seus órgãos descentralizados, as associações que contam com um ano, nas quais os seus estatutos antecipem em concreto, a tutela do interesse conjeturado.

Todavia, prossegue de maneira análoga uma discussão no que se refere a ter conhecimento sobre o fato de essa legitimação concorrente-disjuntiva, ter seguramente determinado os entes políticos e as esferas representativas da sociedade civil, aspecto que o

[507] MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. **Temas de direito processual** – 3ª série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988; *RePro* 28/19.

legislador ordinário, segundo o artigo 82, III, do Código de Defesa do Consumidor, possibilitou, inclusive, para as entidades "sem personalidade jurídica".

Tal discernimento pluralista serviu como fundamento na legitimação ativa pressuposta para as ações coletivas no domínio das relações de consumo conforme art. 82 e incisos da Lei n. 8.078/90, preceito que se desloca para o campo das ações civis públicas.

Principalmente através do exame compulsório da ação civil pública, o processo de conscientização da sociedade pelo exercício da cidadania fará com que os cidadãos, de forma isolada ou em grupo, possam tomar parte na administração da *res* pública, do mesmo modo através da judicialização dos conflitos metaindividuais.

O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, versão dezembro/2005, organizado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual e por enquanto em curso no Ministério da Justiça, pretende incrementar o emprego da ação civil pública como ferramenta de conhecimento no que se refere à adequada gestão da coisa pública, desdobrando a legitimação para a ação coletiva ativa a "qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por danos como: a)a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; b) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos; c) sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado".

No que se refere à natureza jurídica da legitimação para a ação civil pública e para as ações coletivas em sentido estrito, é possível afirmar a legitimação para a tutela coletiva é extraordinária, autônoma, exclusiva, concorrente e disjuntiva: a) extraordinária, considerando que haverá sempre substituição da coletividade; b) autônoma, em razão de ser a presença do legitimado ordinário, quando identificado, totalmente dispensada; c) exclusiva no que se refere à coletividade substituída, uma vez que o contraditório consubstancia-se com a presença do legitimado ativo; d) concorrente, no que tange aos representantes adequados, entre si, quando concorrem em condição de igualdade à propositura da ação; e e) disjuntiva, se pensarmos que toda entidade poderá ajuizar a ação independentemente da anuência, intervenção ou autorização dos demais co-legitimados, sendo o litisconsórcio, fortuitamente formado, sempre facultativo"[508].

[508] LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 193.

4.8.2 Limites à legitimação do Ministério Público à propositura da Ação Civil Pública e Inquérito Civil Público

Anotam-se determinadas ressalvas na doutrina alienígena à performance do Ministério Público nas ações coletivas, ou seja, aquelas que tem como intento a tutela do interesse metaindividual.

De maneira sucinta, essas críticas contornam três questões, quais sejam a que se versa sobre uma instituição espontaneamente predestinada à persecução de determinados delitos clássicos, na maioria das vezes previstos na legislação de feição repressiva, e que por esse motivo não evidenciem igual desempenho no que tange às ações que encerrem determinados ilícitos de índole civil, ainda que esses fatos alastrem suas implicações danosas pela sociedade civil em sua totalidade; outra questão diz respeito ao fato de que o *Parquet* encontra-se excessivamente unido, tanto estrutural como funcionalmente à Administração, algo que lhe privaria da indispensável liberdade e independência para oficiar nas ações coletivas, nomeadamente sopesando-se que nestas se enxerga, determinado encargo do Estado, seja de forma direta ou indireta, em maior ou menor medida, por ação ou omissão; a terceira e última questão é a de que, carece da ferramenta técnica e a infra-estrutura necessária para o Ministério Público, estas imprescindíveis ao adequado desempenho em determinados campos inclinados à Administração Pública em sua totalidade e ainda que se incluam de forma genérica, com o amparo das chancelas da gestão da coisa pública, tutela do bem comum, qualidade de vida.

Visitas ao sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça comprovam que o número de ações civis públicas propostas pelo Ministério Público é indiscutivelmente superior ao das que são intentadas pelos demais co-legitimados. Dessa forma, as críticas suscitadas não se aproveitam ao Ministério Público brasileiro, por se tratar, de acordo com o artigo 127 e § 1º da CF/88, de uma instituição una e indivisível, permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, vocacionada à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz ensina, todavia, que não deixa de preocupar a larga preponderância dessa instituição quando se trata de atuação em defesa de interesses difusos. Preocupa, pois, esse é um sintoma claro da fragilidade de nossa democracia, na medida em que revela o grau ainda incipiente de organização da chamada ‘sociedade civil’, a grave crise nacional da educação, a baixa consciência dos cidadãos quanto

aos seus direitos mais elementares, o sentimento generalizado de impotência diante da impunidade[509].

O autor em referência ainda apresenta o pensamento de João Batista de Almeida, o qual distingue essas ações, apontando um rol de afinidades e muitas divergências, ressalvando que, no tocante aos direitos individuais homogêneos, a jurisprudência vem entendendo que tais direitos, "quando socialmente relevantes", merecem tratamento coletivo e podem ser pleiteados em sede de ação civil publica. Vejam: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - ADMINISTRATIVO - SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PROTEÇÃO DE PESSOA INDIVIDUALIZADA - POSSIBILIDADE[510].

Igualmente citada no mesmo trecho pelo autor em referência: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRATAMENTO MÉDICO. IDOSO. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES DO STF E STJ. DESPROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL[511].

A atuação do Ministério Público no desempenho da ação civil pública em comparação com a dos outros co-legitimados, na prática, incorre no hábito indesejável de diversos

---

[509] FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Inquérito civil: dez anos de um instrumento de cidadania. **Ação civil pública**. Coordenado por Edis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, *passim*.

[510] Vejam os respectivos argumentos: "1. É pacífico o entendimento da Primeira Seção desta Corte no sentido da legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública na defesa de interesses indisponíveis, ainda que se refira a pessoa individualmente considerada. Embargos de divergência improvidos. Acórdão. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça "A Seção, por unanimidade, conheceu dos embargos, mas lhes negou provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, José Delgado, Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon. (Proc. EREsp 727629/RS EMBARGOS DE DIVERGENCIA NO RECURSO ESPECIAL 2006/0124358-5, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS (1130), S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/04/2007, publicado no DJ 14.05.2007 p. 242)".

[511] E respectivos fundamentos: "1. A Primeira Seção desta Corte Superior pacificou o entendimento no sentido de que o Ministério Público possui legitimidade para ajuizar medidas judiciais para defender direitos individuais indisponíveis, ainda que em favor de pessoa determinada: EREsp 734.493/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 16.10.2006, p. 279; EREsp 485.969/SP, Rel. Min. José Delgado, DJ de 11.9.2006, p. 220. 2. Ademais, o art. 74, I, da Lei 10.741/2003, dispõe que compete ao Ministério Público "instaurar o inquérito civil **e** ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso". 3. Excepcionalmente, o rigor do disposto no art. 2º da Lei 8.437/92 deve ser mitigado em face da possibilidade de graves danos decorrentes da demora no cumprimento da liminar, especialmente quando se tratar da saúde de pessoa idosa que necessita de tratamento médico urgente. 4. Desprovimento do recurso especial. Acórdão. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado. (Proc. REsp 860840 / MG RECURSO ESPECIAL 2006/0126626-8, Rel. Ministra DENISE ARRUDA (1126), T1 - PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/03/2007, publicado no DJ 23.04.2007 p. 237)".

legitimados limitarem-se a apresentar denúncias perante o Ministério Público, deixando de cumprir a vontade do legislador que, por meio da abertura dos esquemas clássicos de legitimação, buscou cumprir um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF/88), implementando a democracia participativa (participação popular na administração da justiça) e o escopo político do processo"[512].

No que se refere às limitações doutrinárias da experiência estrangeira trazidas à baila, que no Brasil o MP é dotado de completa estrutura legal, orgânica e funcional, com larga tradição de atuação cível, inclusive com a preocupação de defender, neste campo, os interesses públicos. Tal vinculação ao Poder Executivo nunca obstou a atuação do Ministério Público como titular da ação penal, dirigida muitas vezes contra agentes públicos, nem sua intervenção nas ações de mandado de segurança e popular, que sempre são voltadas contra esses agentes públicos. Necessita o Ministério Público de uma organização mais superior, o mesmo ocorre com todos os demais organismos aos quais, em tese, seria possível confiar a missão de tutor dos interesses de outrem.

Nada obstante se possam registrar determinados exageros no emprego da ação civil pública, tal análise é enfrentada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence ao observar que tal questão apresentou nos últimos tempos, alguns atrasos na legislação desses casos. O emprego da ação civil pública abusivamente pode ser verificado frequentemente em casos tais, que não apontam diferenças entre, a interferência na prática de políticas públicas que sejam discutíveis sob o prisma das alternativas que foram positivadas em princípios e regras do sistema constitucional ou legal, e a busca no sentido de lhes atribuir óbices puramente políticos do eventual autor responsável pela sua interposição[513].

Inicialmente, é preciso ter em mente que está presente nas ações de índole privada a imbricação interesse/legitimação, que não é a mesma quando se versa sobre ações de natureza coletiva, tendo em vista que neste tipo de ação, o bem de vida almejado não diz respeito nomeadamente ao autor, o qual apresenta-se na qualidade de um representante, considerando que o interesse em questão uma vez estendido num grupamento indefinido de pessoas, será considerado como difuso.

Antonio Gidi oportunamente adverte que: "Do direito subjetivo, portanto, nunca é demais repetir, só há um titular: a comunidade, a coletividade ou a comunidade de vítimas indivisivelmente considerada, conforme seja o direito difuso, coletivo ou individual

[512] Pedro Lenza, p. 189, 190 e rodapé 55.
[513] Prefácio ao livro de João Batista de Almeida, op. cit., p. 13-14.

homogêneo, respectivamente. As pessoas que compõem a comunidade ou a coletividade é que são várias e indeterminadas ou indetermináveis; não o titular do direito material em si"[514].

Doutrinariamente falando, em se versando sobre Ministério Público, não há o imperativo de extensas indagações com vistas ao seu relevo nos casos concretos, em virtude do núcleo básico que orienta o MP, de acordo com art. 127 da CF, qual seja, "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis". Sustenta-se que, já que a propositura de tais ações é função institucional do Ministério Público, conforme art. 25, IV, da Lei n. 8.625/93, já estaria presumido seu interesse de agir.

O chamado interesse processual não consistiria em algo tão presumido no que se refere aos outros co-legitimados, o que admitiria uma certa constatação, a qual se tem denominado de exigência da pertinência temática.

Hugo Nigro Mazzilli emitindo sua opinião a respeito afirma que: "O interesse de agir do Ministério Público é presumido. Quando a lei lhe confere legitimidade para acionar ou intervir, é porque lhe presume o interesse". Continua seu pensamento, no que se refere aos demais co-legitimados ativos, lembrando que: "o interesse de agir não se presume: deve vir demonstrado em concreto (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações, associações etc.)[515].

Rodolfo de Camargo Mancuso informa que Francesco Carnelutti, Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Jr., de há muito sustentavam que no que se refere ao Ministério Público, o interesse processual deriva do poder (legitimidade) que o legislador lhe outorgou para o exercício da ação civil. Nestes termos, o interesse está pressuposto na própria outorga da legitimação: foi ele identificado previamente pelo próprio legislador, o qual, por isso mesmo, conferiu a legitimação[516].

Naturalmente que esse interesse processual deriva do poder (legitimidade) que o legislador outorgou ao MP para o exercício da ação civil. Noutras palavras, o interesse está pressuposto na própria outorga da legitimação.

Hely Lopes Meirelles no que tange ao desempenho do Ministério Público em sede de ações civis públicas assegura que a Instituição "está em melhor posição para o ajuizamento dessa ação, por sua independência institucional e atribuições funcionais". Entretanto, adverte que referidas competências "não justificam o ajuizamento de lide temerária ou sem base legal,

---

[514] Antonio Gidi, **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**, p. 23, 24.
[515] MAZZILLI Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 312-313.
[516] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 35.

nem autorizam a concessão de liminar suspensiva de obras e serviços públicos ou particulares, regularmente aprovados pelos órgãos técnicos e administrativos competentes, sob simples alegação de dano ao meio ambiente. A petição inicial há de vir embasada em disposição de lei que tipifique a ocorrência ou o fato como lesivo ao bem a ser protegido, apresentando ou indicando as provas existentes ou a serem produzidas no processo, não bastando o juízo subjetivo do Ministério Público para a procedência da ação"[517].

Muito embora possa parecer que o interesse de agir do MP, nas ações civis públicas, não dissente no caráter do atinente aos outros co-legitimados e ainda, em que pese o artigo 25, IV, da Lei 8.625/93 (LOMP) ter compreendido entre as funções institucionais do Ministério Público a legitimação para propositura da ação civil pública e apesar de o artigo 82, III, do CPC estabelecer que o *Parquet* precisa operar. Nas demais demandas em que exista o interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte, isso será assim, no caso de haver nulidade cominada nos casos de ausência injustificada do MP, conforme o artigo 246 do Código de Processo Civil. Como se observa, não há que se falar em legitimação privativa do Ministério Público, e sim, de legitimação "concorrente e disjuntiva.

Quando houver um legitimado, seja ordinário ou extraordinário, que mesmo não apresentando um interesse processual concreto, o será da mesma forma na ação civil pública, na qual há vários co-legitimados. Corroborando essa afirmação, o artigo 129, § 1º, da Carta Magna observa que "a legitimação do Ministério Público para as ações civis (...) não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei".

Como "os interesses difusos não são interesses públicos no sentido tradicional da palavra, mas antes interesses privados, de dimensão coletiva"[518], o interesse público não é especificamente, o objeto tutelado na Lei da Ação Civil Pública, e sim, o interesse metaindividual atinente a sujeitos indefinidos, como ocorre nas chamadas relações consumeristas, ou ainda na tutela ao meio ambiente e ao patrimônio cultural do País.

O que torna viável o exame judicial de um interesse metaindividual, é a questão de que nesse reúne-se um valor socialmente acentuado, seja atinente a uma quota da comunidade, ou ainda à totalidade da sociedade. Assim, verifica-se que o que qualifica o interesse público como tal, não é o fato de que um interesse metaindividual ajuste-se perfeitamente com o mesmo.

---

[517] MEIRELES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública...**, p. 161 e 164-166.
[518] GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas para tutela do ambiente e dos consumidores. A Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. In: **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 151.

No campo das ações coletivas, no qual o interesse judicializado é considerado metaindividual, e ainda onde a legitimação ativa não é obtida por meio da titularidade do direito, mas sim através da importância social da polêmica, levada à juízo por um representante adequado. Assim, não é admissível, unicamente, transplantar a expressão "interesse público", contida num dispositivo afeto à jurisdição "singular" (art. 82, III, do CPC), para aquele âmbito das ações coletivas.

Pedro da Silva Dinamarco sustenta que a questão da presunção do interesse de agir ao MP, obtida através de sua legitimação para agir, "deve ser lida com muito cuidado. Essa presunção é em abstrato e dependerá sempre de apuração, em cada caso concreto, da real existência do interesse de agir, especialmente no aspecto da necessidade". E continua o autor, considerando que, "situações concretas podem demonstrar que o resultado desejado pode ser alcançado sem a utilização do processo. Assim, eventual presunção absoluta do interesse de agir geraria o risco de uma hipertrofia da ação civil pública, precisamente em virtude de seu uso generalizado e indiscriminado"[519].

Referindo-se a todos os co-legitimados, o interesse de agir na ação civil pública, mostra-se, com idêntica índole e magnitude. Portanto, verifica-se que, não obstante quem seja o autor da ação, diante de um caso concreto, o magistrado examinará se tal ação, considerando-se os fins almejados, faz-se necessária, vantajosa e apropriada. Uma vez constatadas essas exigências, se discutirá acerca de quem possui legitimidade para ser detentor judicial do referido interesse, do que se constatará que a legitimação ao ser comparada com o interesse processual, apresenta-se como algo posterior.

Entretanto, pode acontecer de existirem casos em que, faltará interesse de agir - mesmo se se reconhecer na espécie a *legitimatio ad causam* - ou ainda, pode ocorrer que o dano reclamado já tenha sido refeito, que a iminência de dano não seja mais atual, também pode acontecer que o anseio sugira um contraste a propósito de ato puramente discricionário ou flagrantemente político. De acordo com o artigo 267, VI, do CPC, ocorrendo qualquer das hipóteses mencionadas - exceto se conforme previsto no Código de Processo Civil, artigo 295, III, a falta do interesse *ad agendum* se mostre sobremaneira manifesto, que explique o indeferimento liminar -, o processo deverá ser extinto sem julgamento do mérito.

É de se mencionar a opinião de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart quando advertem que, "considerado o 'sistema de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos', percebe-se que a idéia de legitimidade para a causa não tem nada a ver com a

[519] DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 286-287.

titularidade do direito material, até porque não se pode dizer, por exemplo, que alguém é titular do direito à higidez do meio ambiente (direito difuso, cuja titularidade é indeterminada). Na verdade, nesses casos, a legitimidade para a causa não é concebida nos moldes do processo individual, mas sim para adequar-se ao chamado processo coletivo"[520].

É de se notar que, muitas vezes a Administração Pública procura explicar a escassez na prestação dos serviços, utilizando-se do argumento da chamada "reserva do possível", a qual é edificada na questão do impedimento de se transpor a fronteira orçamentária e financeira como ocorre com as políticas públicas de saúde. Entretanto, há que se verificar a crescente ampliação do objeto da ACP, a qual como conseqüência, tem resultado num aumento do atendimento, pelo Poder Judiciário, da administração de determinadas matérias, anteriormente imunes ao comando do judiciário.

Nesse diapasão Antonia Lélia Neves Sanches Krueger afirma ser "absolutamente inadmissível a bandeira deflagrada pelo Estado, de propugnar a relativização dos princípios constitucionais da universalização e eqüidade da assistência à saúde, assim como, por conseqüência, do direito à saúde, e, em última análise, do próprio direito à vida, em razão do elevado preço dos medicamentos excepcionais. Tal relativização, se consumada, importará em obrigatória e flagrante inconstitucionalidade. A propósito, o Supremo Tribunal Federal, em 31 de maio de 2004, no recurso de AGRRE/RS-271286, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello, decidiu, por unanimidade, que 'o direito à saúde representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida, cabendo ao Poder Judiciário formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar'"[521].

Ada Pellegrini Grinover destacando nesse sentido, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aduz que: "Somente a relevância social do bem jurídico tutelando ou da própria tutela coletiva poderia justificar a legitimação do Ministério Público para a propositura de ação coletiva em defesa de interesses privados disponíveis. O STJ tem reconhecido, por exemplo, a relevância social, admitindo assim a legitimidade do Ministério Público, em se tratando de discussão ligada ao direito à educação, que é um direito fundamental"[522].

---

[520] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 68.

[521] Referenciado por: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública:** em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: lei 7.347/85 e legislação complementar. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 60.

[522] GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública no STJ. **STJ – 10 anos – Obra comemorativa – 1989-1999**. Brasília: STJ, 1999, p. 16-17.

Através da junção do trinômio "necessidade-utilidade-adequação" da ação escolhida, é que deverá ser aferido o interesse de agir na ação civil pública, considerando-se os conceitos peculiares a cada espécie de interesse metaindividual possível de ser perquirido na mesma.

Dessa forma, de acordo com os incs. I e II do parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, no que se refere aos interesses difusos e coletivos em sentido estrito, eles são essencialmente coletivos, já os sujeitos podem ser indeterminados, seja absolutamente em se tratando dos difusos, ou ainda relativamente, no caso dos coletivos em sentido estrito, no que tange ao objeto, ele será indivisível, seja absolutamente ou relativamente - no caso dos difusos e no dos coletivos em sentido estrito, respectivamente. De acordo com o artigo 81, parágrafo único, III, do CDC, os individuais homogêneos são fundamentalmente individuais, todavia, a forma processual é coletiva, considerando-se sua homogeneidade advinda da sua origem comum.

Mesmo sendo o direito de ação algo abstrato, ele também é considerado instrumental, ao se considerar a possibilidade que o mesmo possui de adjudicar um direito ou interesse substancial. Assim, verifica-se em concreto, o alcance que este desempenha na construção do interesse de agir. Evidentemente, também, projetando implicações no que tange ao interesse de agir na ação civil pública.

Tomando-se como ilustração o interesse de agir numa ação civil pública determinada por interesse individual homogêneo, nesse caso, em virtude do significativo número de sujeitos abarcados e ainda em decorrência da inexeqüibilidade da abordagem processual através de litisconsórcio ativo facultativo, que no caso - de acordo com o parágrafo único do artigo 46 do Código de Processo Civil - se revelaria multitudinário, pode ser reconhecido considerando seu acentuado prestígio alcançado junto à sociedade civil,

Numa ação civil pública que tem por objeto interesse difuso, o interesse é metaindividual em sua essência, portanto, tal feição numérica não possui maior relevância no que se refere à verificação do interesse de agir.

Contrariamente, quando se trate de tutela judicial a interesses individuais homogêneos não se procederá dessa forma, isso porque, a importância para a sociedade pode implicar segundo a súmula de entendimento n. 7 do Ministério Público paulista, entre diversos fatores, da "extraordinária dispersão dos lesados".

No caso concreto, o critério da verificação, da ascendência da tutela coletiva em colação com a individual, ou seja, a comprovação de que a versação da lide na via processual coletiva permitirá efeitos superiores em comparação com o resultado que se obteria com o ato

de se difundir o conflito em ações individuais é um mais um requisito atinente ao interesse de agir em ações coletivas em favor de interesses individuais homogêneos.

Nesse sentido a opinião de Ada Pellegrini Grinover sopesando que esse elemento "pode ser abordado, no direito brasileiro, sob dois aspectos: o do interesse de agir e o da efetividade do processo". E continua seu pensamento, ressaltando que: "Não é difícil, assim, estabelecer a correlação entre a exigência de superioridade da ação de classe, em relação a outros meios de solução dos litígios (própria do *common law*). Se o provimento jurisdicional resultante da ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos não é tão eficaz quanto aquele que derivaria de ações individuais, a ação coletiva não se demonstra útil à tutela dos referidos interesses. E, ademais, não se caracteriza como a via adequada à sua proteção". Lembra ainda que: "Parece possível estabelecer uma correlação entre o requisito da "prevalência" dos aspectos comuns e o da "superioridade" (ou eficácia) da tutela por ações de classe. Quanto mais os aspectos individuais prevalecerem sobre os comuns, tanto mais a tutela coletiva será inferior à individual, em termos de eficácia da decisão"[523].

Observa-se assim, que a ação civil pública, considerada ferramenta adequada ao desempenho da cidadania, na representação jurídico-político de uma soberania popular apresenta-se numa conjuntura diferente, oferecendo ao Poder Judiciário a possibilidade de arraigar-se no empenho pertencente ao conglomerado de entidades destacadas da coletividade, como as associações, o Ministério Público, os órgãos públicos e os entes políticos, o que produzirá crucial aporte na conciliação de disputas sociais de vasto espectro.

Assim, verifica-se que para estimar-se o interesse processual em termos de propositura de ação civil pública, faz-se mister considerar o fato de não se versar acerca de uma litígio ordinário, no qual as disposições replicadas, apresentam-se localizados nos pólos ativo e passivo, subjetivadas nos titulares determinados, no qual há a obrigatoriedade de que o interesse de agir seja real, atual e pessoal.

Márcio Flávio Mafra Leal observa de outro modo que a ACP representa a tentativa de realização de promessas de um Estado de bem-estar, enviando à instância judiciária questões antes deixadas somente às conveniências políticas dos órgãos do Executivo e Legislativo, isto é, "quer-se dar um caráter cogente a essas promessas constitucionais de maior igualdade material e justiça social"[524].

---

[523] GRINOVER, Ada Pellegrini Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: requisitos de admissibilidade. **Ação civil pública – Lei 7.347/85 – 15 anos**. 2. ed. Coordenado por Edis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

[524] LEAL, Márcio Flávio Mafra. A ação civil pública e a ideologia do Poder Judiciário: o caso do Distrito Federal. **Revista do MP do Rio Grande do Sul**, n. 35, 1995, p. 193 e ss.

Gilmar Ferreira Mendes nesse sentido observa que a ação civil pública aproxima-se muito de um típico processo sem partes ou de um processo objetivo, no qual a parte autora atua não na defesa de situações subjetivas, agindo, fundamentalmente, com escopo de garantir a tutela do interesse público. "Não foi por outra razão que o legislador, ao disciplinar a eficácia da decisão proferida na ação civil, viu-se compelido a estabelecer que 'a sentença civil fará coisa julgada *erga omne*s'"[525].

Celso de Mello Filho assim se manifesta sobre o inquérito civil público (ICP): "Trata-se de procedimento meramente administrativo, de caráter pré-processual, que se realiza extrajudicialmente. O inquérito civil, em suma, configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública"[526].

O presente autor destaca, ainda, que a instauração do inquérito civil é facultativa, mas desempenha relevante função instrumental. É, pois, um meio destinado a reunir provas e quaisquer outros elementos de convicção, capazes de fundamentar a atuação processual do Ministério Público.

O inquérito civil público encontra fundamento infraconstitucional (art. 8º, §1º, Lei Federal nº 7.347 de 1985; art. 6º, Lei Federal nº 7.853 de 1989; arts. 223 cominado com o 201, V, Lei Federal nº 8.069 de 1990; art. 26, I, Lei Federal nº 8.625 de 1993; art. 6º, Lei Complementar 75 de 1993) e constitucional (art. 129, III, CF de 1988).

Como se verifica, trata-se de um instrumento de atuação privativa do Ministério Público. Isto porque constitui-se num procedimento administrativo investigatório, de caráter inquisitivo, instaurado e presidido pelo Ministério Público, sem maiores formalidades. Argumentos se reúnem no sentido de ser mero procedimento, e, portanto não ser imperativo o respeito ao contraditório[527].

---

[525] (MENDES, Gilmar Ferreira. Ação civil pública e controle de constitucionalidade. In: **A ação civil pública após vinte anos: efetividade e desafios**. Coordenado por Edis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 202).

[526] Manifestação na função de Assessor do Gabinete Civil da Presidência da República, proferida no processo relativo ao projeto que veio a converter na Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal n. 7.347 de 1985) referenciada por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., op. cit., p. 221.

[527] Entendemos, contudo, que o afastamento do contraditório é sempre um risco que deveria ser evitado sempre que possível, possibilitando inclusive a aplicação futura da regra do artigo 427 do CPC, o qual prevê a dispensa da prova pericial frente aos elementos já trazidos aos autos pelas partes. Isto vale também para o inquérito policial, sem dúvida. Na prática, uma falácia, pois que, é cedido, que o valor dos "elementos de convicção", obtidos tanto no inquérito civil quanto no policial, influem diretamente no juízo magistral, de modo que não é tão desprezível como se pronuncia sob as expressões: "meramente acessório", "pré-processual", "simplesmente informativo", "procedimento meramente administrativo". Por fim, coaduna com a cogente idéia de "propositura responsável", o asseguramento do contraditório, sempre que não comprometa a finalidade do direito em análise. Não há óbice, aliás, a impedir que este juízo prévio seja previsto em lei, contendo em rol taxativo as situações excepcionalíssimas em que se poderia afastar o sagrado contraditório (individual ou coletivo) em nome de um bem ainda maior. Via de mudança, o Legislativo poderia ser motivado através de Iniciativa popular, direito de participação assegurado pela própria Constituição (art. 14, III) e regulado pela Lei Federal nº 9.709 de 1998.

O objeto do ICP é, fundamentalmente, a coleta de elementos de "persuasão" para as atuações processuais ou extraprocessuais a cargo do MP. Decorre, então, que o ICP também passa a ser útil para a coleta elementos de convencimento que lhe permitam algumas atuações subsidiárias, como, por exemplo, a emissão de relatórios e recomendações, a tomada de compromissos de ajustamento, a realização de audiências públicas[528-529].

Outrossim, além de servir para a coleta de elementos para a "propositura responsável" da ação civil pública, funciona como instrumento facilitador da conciliação extrajudicial do conflito coletivo – de fato, um dos resultados mais freqüentes do inquérito civil é a celebração de um compromisso de ajustamento de conduta (art. 5º, § 6º, LACP).

São diferenças elementares entre o ICP e o IP (inquérito policial): a) o ICP trata especialmente de direito civil em sentido amplo, por seu turno o IP está intimamente relacionado aos crimes; b) no IC é o representado do MP que preside as investigações, já no IP, em regra, é o delegado de polícia e seus auxiliares que desempenham este papel; c) no IC o arquivamento pode ser determinado pelo próprio MP, bastando remeter um ofício para Conselho Superior do Ministério Público apresentando seus motivos; no inquérito policial, o controle do arquivamento é efetuado pelo magistrado, podendo o representante do MP, nos termos do artigo 28 do CPP, requer tão-somente o arquivamento.

Todavia, é perfeitamente possível, que, durante o inquérito civil, o representante do MP, diante de algum fato, que tenha tomado conhecimento enquanto preside o ICP, que se amolde a alguma descrição penal, noticie outro órgão do Ministério Público com competência criminal, para que, se for o caso, proceda à denúncia[530].

Contudo, importa destacar que o ICP não é essencial à propositura da ACP, que poderá ser ajuizada independentemente de sua instauração.

Podem ser relacionados como efeitos da instauração do ICP: a) a interrupção da decadência (art. 26, § 2º, CDC); b) a possibilidade de expedição de requisições e notificações, bem como condução coercitiva em caso de não comparecimento (art. 129, VI da CF/88; art. 26, I da LOMPE)[531]; c) possibilidade de requisição de perícias e informações, de entes

---

Outra via de mudança, menos eficaz, mas igualmente útil, seria por meio dos mecanismos de controle de constitucionalidade (direta e indireta) disponíveis.

[528] MAZZILLI, Hugo Nigro. O inquérito civil e o poder investigatório do Ministério Público. In: **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios.** Coordenado por Édis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 223.

[529] Sobre audiências públicas ver: NERY FERRARI, Regina Maria. Participação democrática: audiências públicas. In: **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva.** Coordenado por Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 325-351.

[530] LEONEL, Ricardo de Barros, **Manual do processo coletivo**, p. 313.

[531] Concernente a condução coercitiva, especialmente quando a parte conduzida for o candidato a réu, apontamos alguma dissonância lógica se tomarmos como ponto de partida a premissa dominante de que se trata de um

públicos ou particulares, em prazo não inferior a dez dias (art. 8º, § 1º, Lei nº 7.347/1985; art. 6º, da Lei nº 7.853/1989; art. 223 da Lei nº 8.069/1990); e, d) a possibilidade – residual - de surgimento de dever de o Estado indenizar o investigado, pelos prejuízos sofridos em razão da instauração e desenvolvimento de ICP que se mostrou temerário, causando prejuízo ao investigado[532].

Grande celeuma doutrinária derredor da esfera de aplicação do ICP tem suscitado a questão de saber se é possível a utilização do procedimento em ações para a defesa de direitos não configurados diretamente como direitos coletivos, por exemplo: nas demais atribuições constitucionais e legais do MP. Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., apontam a existência de duas correntes.

A primeira é contra essa possibilidade, alegando que o ICP encontra inserido no contexto da legislação coletiva, que cuidaria apenas dos processos coletivos *lato sensu*.

A segunda corrente acredita que é possível, já que a norma constitucional referiu expressamente que ICP estaria disponível para todas as atribuições afetas ao Ministério Público. Defende Hugo Nigro Mazzilli esta posição, em razão, sobretudo, do sucessivo alargamento do objeto do ICP, trazido pela própria CF (art. 129, III), pelo CDC (art. 90), e pelas leis federais de organização do Ministério Público (LOMPE, art. 26, I; LOMPU, art. 6, VII, *c* e 38, I)[533].

Por fim, identifica-se três fases do procedimento do inquérito civil: a) instauração; b) produção das provas; c) conclusão: arquivamento do inquérito, celebração do compromisso de ajustamento de conduta ou ajuizamento da ação coletiva[534].

4.8.3 União, Estados, Municípios e seus entes paraestatais. A "solução publicista"

"procedimento meramente informativo", "pré-processual" ou "meramente administrativo", e que, portanto, não é necessário o contraditório. Salta aos olhos que a condução mediante o uso da força, *de per si*, denuncia a natureza judicial desses atos, a reclamar garantia de defesa.

[532] Em que pese a possibilidade de indenização caso seja provado que o órgão do MP agiu de forma temerária, a mesma lógica não é inversamente aplicada, considerando, que, nesse caso, toda oportunidade de contradição lhe é assegurada. Soma-se a isto, uma vasta tradição/razão de que o *ombudsman* jamais agiria de modo irresponsável. Fábio Konder Comparato chega aclarar que "A própria denominação 'Ministério Público' é esclarecedora a esse respeito. *Ministério* significa incumbência, ofício ou função. A palavra, assim como o vocábulo cognato "ministro", provém do étimo latino *minus.* O ministro situa-se, portanto, sempre abaixo de outrem: do maioral ou soberano. Ora, o soberano a quem o Ministério Público deve servir, como o adjetivo esclarece, é o povo, e ninguém mais". (COMPARATO, Fábio Konder. O ministério público na defesa dos direito econômicos, sociais e culturais. In: **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva.** Coordenado por Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 254-55). Pelo menos, por razões históricas e de linguagem, é esse significado que povoa o imaginário coletivo.

[533] Hugo Nigro Mazzilli referenciado por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., op. cit., p. 230.

[534] LEONEL, Ricardo de Barros, **Manual do processo coletivo**, p. 317; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação civil pública e meio ambiente**, p. 112.

A União, Estados e Municípios e seus órgãos ou agentes paraestatais são o último grupo de legitimados ativos. No entanto, é preocupante o fato dos entes políticos demonstrarem desinteresse para o desempenho da ação civil pública, apesar de, enquanto gestores da coisa pública e catalisadores do bem comum, serem, provavelmente, os grandes interessados na tutela dos interesses metaindividuais.

Outrossim, com tal atitude afora transmitirem uma incômoda idéia de omissão, ou ainda de cumplicidade diante das advertências e lesões cominadas aos interesses metaindividuais, também se sujeitam a fazer parte do pólo passivo nas ações civis públicas.

Dessa forma, é inteligível que, diante de tais ocorrências, coadjuvado em segundo lugar pelas associações destinadas à defesa dos interesses metaindividuais, o Ministério Público avoque para si a maior parte das ações nesse âmbito.

Em comparação com os outros co-legitimados ativos, observam-se, em decorrência de uma interpretação isolada e limitativa do previsto no inciso IX, segunda parte, do artigo 129 da CF, no campo dos interesses individuais homogêneos oposições ao desempenho do Ministério Público no que se refere à defesa do erário.

Rodolfo de Camargo Mancuso informa que Mauro Cappelletti e Bryant Garth examinaram os tipos de legitimação que existem para a perseguição de interesses "difusos, fragmentados e coletivos"[535], obtendo quatro padrões que foram resumidos por Aluízio Gonçalves de Castro Mendes da seguinte forma: "promoção judicial dos interesses coletivos estaria sob a incumbência de órgãos governamentais (como o Ministério Público e as agências governamentais); de particulares indicados pelo poder público (*Relator Action* ou *parentes patriae*); de organizações e associações não-governamentais (como as entidades de defesa do meio ambiente ou dos direitos dos consumidores); e de indivíduos, como partes representativas (tal qual o modelo clássico das *class actions* norte-americanas)". Castro Mendes ainda enumera "uma quinta espécie, que seria a combinação ou composição de diversos modelos, adotando-se, assim, legitimação concorrente, ampla e pluralista, no sentido de implementar o acesso à justiça"[536].

---

[535]MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores – Lei 7.34** 7**/85 e legislação complementar**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 154.

[536] CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 184.

Em alguns países preferiu-se conceder legitimação a órgãos e agências governamentais especializadas, é a chamada solução publicista.

Na Suécia, o ombudsman faz parte de um sistema que se complementa com a Corte do Mercado; o desígnio almejado é o de se precaver as anormalidades ou transgressões mais que o de puni-las.

Como já possível inferir, nesse aspecto, o *ombudsman* foi comparado pela doutrina a uma espécie de Ministério Público especializado, no entanto, é imperioso salientar que tal semelhança não se mostra razoável em razão de diversos aspectos que tornam apenas aproximadas suas funções às do promotor de justiça, tais como pela maneira de recomendação ou de escolha do ombudsman; a reduzida relação do *ombudsman* do consumidor com o aparelhamento estatal, tendo em vista que ele é nomeado por um período de seis anos, e está subordinado às regras dos estatutos dos funcionários.

Na Noruega, Dinamarca e Finlândia, seguiu-se, respectivamente, a ação sueca de amparo aos consumidores. Os preceitos norueguês e sueco são semelhantes, já no sistema dinamarquês, o ombudsman é credenciado a contestar junto ao Tribunal Marítimo e Comercial de Copenhague, com recurso para a Corte Suprema. No caso da Finlândia, uma lei do ano 1973 admite ao ombudsman operar nas ocorrências em que há denúncia de formação de cartel em meio a comerciantes, havendo a possibilidade de ser despachada uma interdição, da qual é admissível recurso à Corte Administrativa Suprema. Em cotejo, existe ainda, o chamado "Ofício dos Negócios dos Consumidores". Trata-se de um órgão do Estado que possui a função de investigar e cientificar os consumidores acerca da qualidade de diversos produtos que são postos à venda no mercado.

Gregório Assagra de Almeida colacionando os experimentos francês e brasileiro no manuseio da matéria consumerista, acaba sustentando que na verdade, o sistema brasileiro quando comparado com o francês, apresenta conveniências, isso em razão da circunstância de ser mais maleável no que se refere à concessão às associações e demais entes sociais de legitimidade, ou ainda em virtude do acolhimento constitucional adequado prestado no Brasil ao tema[537].

De acordo com Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, a ação coletiva da Austrália se comparada às *class actions* do sistema norte-americano e ainda da *group litigation* inglesa apresenta estimáveis distinções. Inicialmente, pode-se destacar a questão da falta de um procedimento próprio no que se refere à classificação de determinada ação como sendo de

[537] ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório. **Direito processual coletivo brasileiro – Um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 114, 115.

natureza coletiva. De modo análogo ao que é realizado nas outras demandas, para que se possa realizar um controle apropriado, é necessário averiguar os pressupostos processuais e as condições da ação. Assim, o requisito inicial de acordo com o artigo 33C do *Federal Court Act*, refere-se à quantidade de partes da categoria, a qual obrigatoriamente, no mínimo, precisa consistir em sete. Por outro lado, as pretensões precisam ter como base situações habituais, análogas ou vinculadas, onde a resolução das demandas irá estar sujeito a um tema comum de direito ou de fato. Como não existe o imperativo da demonstração da anuência das partes faltantes, há a possibilidade do direito de ação poder ser desempenhado por um ou alguns dos sujeitos pertencentes à categoria. Dessa forma, verifica-se o motivo pelo qual a técnica é avaliada como sendo de exclusão e não de inclusão dos respectivos membros que possuam interesse. Com base no artigo 33J, o tribunal a seu turno, para que se pratique o direito de exclusão, deverá estabelecer uma demarcação de tempo[538].

No caso de Israel, através de uma lei criada em 18 de maio de 1949, instituiu-se o chamado "Comissário para as Reclamações do Público", tendo como agente, o "Controlador do Estado", que por sua vez, opera com o intuito de ultimar o recurso jurisdicional, tendo por escopo um domínio parlamentar do governo. Dessa forma, o cidadão, em caso de prejuízo aos seus direitos causado por um ato administrativo, poderá promover, individualmente ou por meio de um deputado, a atuação do órgão causador da lesão, o qual se apresenta como uma espécie de *ombudsman*.

Na experiência brasileira, pode-se destacar no âmbito da defesa da ecologia, o CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente), que segundo o artigo 4º do Decreto 99.274/90, alterado pelo Decreto 3.942/2001, possui composição mista. Édis Milaré no ponto leciona que se trata de "órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente, com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida (Lei 6.938/81, art. 6º, II)"[539].

Ainda nesse aspecto, é importante registrar que, o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), de acordo com o artigo 53, além de incluir no âmbito do objeto da ação civil pública, a defesa da ordem urbanística, institui significante ferramenta de efetivação da política urbana, a qual mostra-se em sintonia com o prenunciado nos artigos 182 e 183 da

[538] Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, op. cit., p. 160-163.
[539] MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. São Paulo: RT, 2000, p. 658-659.

Constituição Federal de 1988, trata-se do chamado EIV - Estudo de Impacto de Vizinhança (arts. 4º, VI, e 36 a 38).

Quanto à tutela do consumidor, registra-se a figura dos Procon. É oportuno nesse sentido, o § 4º do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor quando prevê que: "É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de clausula contratual que contrarie o disposto neste Código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes".

Além dos Procon, é de se destacar a contribuição de José Geraldo Brito Filomeno ao oferecer vasto arrolamento dos órgãos que têm sido encarregados da tutela dos interesses dos consumidores e que a Administração Pública brasileira tem dissipado ao longo do tempo. De forma sintetizada são eles: 1. Ministério da Fazenda: Superintendência de Seguros Privados – SUSEP; Secretaria de Acompanhamento Econômico – SAE; Conselho Monetário Nacional – CMN; Banco Central – Bacen; 2. Ministério da Indústria, Comércio e Turismo: Sistema Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial – INMETRO (em São Paulo, o Instituto de Pesos e Medidas – IPEM age por delegação do INMETRO e integra o Sistema Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor); 3. Ministério das Minas e Energia: Agência Nacional de Petróleo – ANP; Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL; 4. Ministério das Telecomunicações: Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL; 5. Ministério da Saúde: Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA; 6. Ministério da Agricultura e Reforma Agrária[540].

É imperioso pôr em relêvo, conforme os artigos 13 e 20 da LACP o chamado Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDDD), regulamentado pelo Decreto Federal nº 1.306/94 e alterado pela Lei Federal nº 9.008/95. Afora os Fundos estaduais, existem espécies de fundos que são específicos, os quais regem recursos em distintos âmbitos, como o do meio ambiente (Lei 7.797/89 e Dec. 3.524/2000); da criança e do adolescente (Lei 8.242/91 e Dec. 1.196/94), idosos (Lei 10.741/2003).

Verifica-se que a adoção da solução publicista, sugere a elaboração de mecanismos públicos, que tenham como desígnio a direção de determinado tipo de interesse metaindividual, o qual terá a possibilidade de ser um dentre os exarados no artigo 1º da LACP, ou também, um dos que estão mencionados em legislação esparsa, e considerando ainda, a reinserção, dentre os incisos do artigo 1º da Lei 7.347/85, da cláusula "qualquer outro

[540] FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 107.

interesse difuso ou coletivo", conjugados com outros interesses metaindividuais até então, não normatizados.

O caráter legitimante para a tutela judicial do interesse metaindividual assenta-se na questão de haver um portador apropriado, algo que é completado por meio da relevância social ou ainda, pela não disponibilidade do interesse judicializado, o qual não assenta-se na sua presunção a um determinado titular.

É preciso que as agências ou órgãos públicos promovam através da fiscalização e normatização dos aspectos relativos à saúde da população a tutela dos interesses em questão, que se refiram de forma geral, à qualidade de vida; aos transportes; ao controle de preços e da inflação entre outros.

No que se referem ao total incremento de suas prerrogativas a doutrina revelou a circunstância de que há ocasiões nas quais se produz um retrocesso no que se refere ás instâncias administrativas, resultando dessa forma, numa área que será tomada pela reivindicação dos grupos ou camadas que foram lesadas ou contrariadas. Tal clamor será externado por meio da via judicial, através das ações de tipo coletivo.

Quando se fala no trinômio processo, ação e jurisdição verifica-se que, quando se trata dessas ações coletivas, tais conceitos já foram modificados. Trata-se hodiernamente de uma nova importância da referida tríade, estando atualmente associado à busca constante pelo correto direcionamento dos interesses relevantes da sociedade e da *res* pública.

Assim, tendo-se em vista que a Constituição Federal de 1988 assegura por intermédio do artigo 5º, XXXV, a oferta de uma resposta judiciária aos históricos de lesão sofrida, através dos processos de conhecimento e de execução, ou temida, por meio do processo cautelar, de modo que, de acordo com o que preleciona o princípio da indeclinabilidade da jurisdição, presentes os requisitos de composição válida de uma relação processual, o Judiciário não possui a faculdade de recusar a solução do *meritum causae*[541].

[541] Bastante esclarecedora nesse sentido, é a sentença pronunciada pelo Juiz Federal Francisco Barros Dias, em caso de Ação Civil Pública que fora oferecida pelo *Parquet* Federal em face da União, Estado, Município e empresas estatais do setor de saneamento básico, tendo sido a causa de pedir baseada na omissão da Administração Pública em fiscalizar galerias pluviais que deságuam nas praias, fato que provocou o assoreamento e poluição das mesmas com dejetos oriundos de ligações clandestinas de esgotos. Pelo fato da União ter argüido que, devido à sua circunstância de parte prejudicada (o seu patrimônio, que inclui as praias, é que estava sendo degradado), não poderia em virtude disso, tomar parte como ré no processo, o magistrado replicou argumentando que precisamente por esse motivo, é que à União caberia ter tomado a iniciativa do ajuizamento: "Não o fazendo, deixa caracterizada sua omissão, sendo, em razão dessa circunstancia, responsabilizado pela inércia". Dando seguimento ao julgado, afirma que a União não possui "apenas a faculdade para agir, como é peculiar a todo cidadão, na atividade privada, porém tem o dever de agir, e não o fazendo responde pela omissão". Finalmente, registra o magistrado que, "em se tratando de alegação de responsabilidade civil no âmbito objetivo, não se tem sequer de perquirir sobre a culpa que recai nos ombros do órgão público". Mais uma vez de acordo com o julgado, devido ao regime de solidariedade no tipo, idêntico

Questiona-se acerca dos benefícios e inconveniências que a chamada solução "publicista" ofereceria no âmbito da legitimação para agir no que consiste aos interesses difusos. A vantagem que pode ser identificada é a de que, naturalmente em se havendo determinado órgão público ou agência estatal que esteja destinada a proteger certo interesse difuso ou ainda, de proceder à fiscalização de atividade específica, em virtude de sua habilidade neste campo ambiciona-se que estes obtenham um satisfatório coeficiente de eficácia. Todavia, em termos de *práxis*, parece discutível a possibilidade de ocorrência de tal prerrogativa.

Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso[542] sugere que a solução mais eficaz seria a pluralista, ou seja, aquela que ofereça uma legitimação difusa àquele que suficientemente deseje e comprove idoneidade em tutelar interesses metaindividuais. E continua o autor, afirmando que, agiu convenientemente nosso legislador quando, no artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública, previu às diversas instâncias as quais apresentassem interesse, sem qualquer prioridade, a possibilidade da legitimação concorrente e disjuntiva. É o caso no Brasil das chamadas parcerias público-privadas, regidas pela Lei 11.079/2004.

Também nessa esteira de raciocínio está Pedro Lenza ao sustentar que, em meio às diversas opções apresentadas no que se refere à questão da legitimação ativa para as ações coletivas, "a melhor técnica, inclusive encampada pelo ordenamento pátrio, foi a solução mista ou pluralista para a representação dos interesses transindividuais em juízo, cumulando as soluções de representantes adequados públicos e privados"[543].

4.8.4 Legitimação passiva

Quando se fala em legitimação passiva no âmbito das ações civis públicas certas objeções advém, ora da índole metaindividual dos interesses judicializados, ora do cotejo daquele que se ofereça como procurador adequado dos indivíduos que figuram no pólo passivo da demanda.

---

poder-dever seria imputável aos outros entes políticos e órgãos públicos que figuravam no pólo passivo (CF, arts. 23, VI, e 225, § 3º; Lei 6.938/81, art. 4º, III, VI e VII, e art. 14). Sentença publicada na **Revista do MP do Rio Grande do Sul**, n. 34, 1995, especialmente p. 175-176.

[542] Rodolfo de Camargo Mancuso, ibid, p. 170.

[543] Pedro Lenza, op.cit., p. 177 e 193.

Rodolfo de Camargo Mancuso[544] observa que noutra parte, as mencionadas dificuldades são solucionadas parcialmente, afirmando que no direito norte-americano, mais especificamente, nas conhecidas *class action*, o preceito 23 (a) (3) das *Federal Rules of Civil Procedure* pressupõe que um ou mais membros pertencentes a uma classe tem a possibilidade de agir em juízo ou ainda, serem réus. Tais sujeitos podem ser concebidos como portadores apropriados das pretensões do grupo envolvido, de modo que, exceto aqueles que, noticiados da ação, solicitaram de maneira expressa a sua isenção da demanda, a deliberação final atingirá a todos.

Pedro da Silva Dinamarco explica que assim é porque, no direito norte-americano, há a permissão expressa - a *defendant class action*. Isto é, permite-se o ajuizamento de uma ação coletiva contra certo representante dos interesses de uma categoria inteira. No âmbito do sistema norte-americano, tal atitude é possibilitada em virtude do fato de que existe uma rigorosa fiscalização da representação adequada no caso da ação coletiva, e, por conseguinte, a coisa julgada em qualquer ocasião neste tipo de ação, não obstante a implicação da ação alcança a totalidade dos representados[545].

José Marcelo Menezes Vigliar ao se referir à significativa intensidade do tema da legitimação passiva nas ações destinadas à tutela de interesses metaindividuais destaca que não existe qualquer circunstância específica para que, em sendo pessoa física, jurídica, ou ainda, outro ente que tenha personalidade jurídica, desde que esteja em condições de, em caso de ações civis públicas, figurar como legitimado passivo *ad causam*. Para isso, é preciso apenas que tal indivíduo pratique, ou pelo menos, esteja na iminência de praticar, um comportamento capaz de causar prejuízo a quaisquer dos interesses transindividuais[546].

Nas *class actions* do sistema norte-americano, a invés de se priorizar a simples aceitação do pedido proposto pelo autor, procura-se dar primazia ao atingimento da satisfatoriedade no ressarcimento do bem coletivo lesado, uma vez que, o interesse não diz respeito unicamente ao autor, mas sim, a um grupo quase que indeterminado de pessoas.

Hodiernamente, têm aumentado a preocupação em torno da discussão acerca das nomeadas demandas múltiplas, às quais não se admite no âmbito da jurisdição singular, em virtude do previsto no parágrafo único do artigo 46 do Código de Processo Civil, o oferecimento de um procedimento apropriado no que se refere ao litisconsórcio ativo

---

[544] Rodolfo de Camargo Mancuso, ibid, p. 172.
[545] Pedro da Silva Dinamarco, op. cit., p. 269.
[546]VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ação civil pública**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 79.

facultativo, permitindo-se ao magistrado desse modo, o impedimento da formação do litisconsórcio multitudinário.

Advertindo acerca das conseqüências danosas da referida espécie de demanda, Kazuo Watanabe[547] pugna pela circunstância da necessidade de um tratamento processual molecularizado[548], independentemente da quantidade de indivíduos atinentes, tomando-se como ponto de partida, o reconhecimento do que, verdadeiramente compõe o cerne do interesse judicializado.

No que tange ao fenômeno das demandas múltiplas e repetitivas o artigo 285-A do Código de Processo Civil, acrescido pela Lei nº. 11.277/2006 prevê que: "Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida a sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada".

Há a possibilidade de todos os que estão legitimados no pólo ativo figurarem no pólo passivo da ACP. Todavia, é preciso afastar o Ministério Público deste grupo, indicando José Marcelo Menezes Vigliar, que o *Parquet* é "órgão estatal desprovido de personalidade jurídica", de maneira que, de acordo com a demanda, o concernente Estado ou a mesmo a União, "é que responderá pelos eventuais atos praticados, e o órgão de execução do Ministério Público será responsável pelos casos em que venha a agir com dolo ou fraude" [549].

Pedro da Silva Dinamarco, entretanto, redargüi que: "De fato, quando se pleitear uma tutela estritamente indenizatória, o Estado responderá por esses eventuais danos. Mas se a ação civil pública tiver como pedido a imposição de uma conduta daquela instituição (fazer

---

[547]WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da *práxis* forense. **RePro** 19/16-25.

[548] Um passo importante para o tratamento molecularizado dos conflitos de massa está sendo dado pelo incremento ao direito sumular e à jurisprudência dominante, como se verifica de tempos a esta parte: (i) nas ADIn e ADC as decisões de mérito do STF têm "eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal" (CF, § 2º do art. 102, redação da EC 45/2004; Leis 9.868/99); (ii) nos Tribunais, pela Lei 9.756/98, o "relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal,do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior" (CPC, art. 557); e, nas argüições incidentais de inconstitucionalidade, os órgãos fracionários ficam dispensados de prévia oitiva ao plenário ou ao órgão especial, se "já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão" (CPC, parágrafo único do art. 481); (iii) no primeiro grau, o juiz "não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal" (§ 1º, do art. 518, cf. Lei 11.276/2006); (iv) o STF está autorizado a emitir súmula de efeito vinculante, assim que aprovada lei reguladora – CF, art.103-A: EC 45/2004 -, e o STJ poderá emitir súmula impeditiva de recursos, a prosperar o previsto na PEC 358/2005, que para isso insere o art. 105-A. In: MELLO, Aymoré Roque Pottes de. A aplicação do efeito vinculante/súmula vinculante no sistema de controles da constitucionalidade brasileiro: as PECs 500/97 (PEC 54/95 – SF) e 517/97. **Revista Ajuris** n. 72, mar. 1998.

[549] José Marcelo Menezes Vigliar, p. 79.

ou não fazer), então não há como o processo seguir sem sua participação direta no pólo passivo"[550].

Considerando o fato de que, as associações costumam pugnar pela defesa dos interesses metaindividuais, e não o contrário, a legitimação passiva nestas, sejam elas ambientalistas, ou de defesa do consumidor, há de ser assaz incomum. Casos inusitados, porém, constituem uma exceção à regra, Pedro da Silva Dinamarco elenca uma hipótese, em que a referida associação chega a "figurar no pólo passivo para defender interesses próprios, ainda que a procedência da demanda possa atingir indiretamente seus associados, como conseqüência natural de serem membros daquele ente-réu"[551].

No que se refere aos entes políticos, tal situação se mostra mais crível, poderá consistir na ação ou omissão, ou ainda, porque, recomenda-se o emprego da chamada responsabilidade objetiva, ou do risco integral, no âmbito da responsabilização por lesão aos interesses metaindividuais, isso é assim, em virtude de que tais entes também são aptos a produzir o motivo do dano.

Deste modo, tem-se a chamada socialização do risco e do prejuízo. Neste sentido, leciona Sérgio Ferraz: "Creio que, em termos de dano ecológico, não se pode pensar em outra colocação que não seja a do risco integral. Não se pode pensar em outra malha senão a malha realmente bem apertada que possa, na primeira jogada da rede, colher todo e qualquer possível responsável pelo prejuízo ambiental" [552].

Colaciona-se por oportuno, a preleção de Hely Lopes Meirelles[553], em trabalho atualizado por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, ao sustentarem que a questão da legitimação passiva desdobra-se à totalidade dos responsáveis pelas circunstancias que deram ensejo à ação, seja em se tratando de pessoas físicas ou jurídicas, até mesmo as estatais, autárquicas ou paraestatais. Isso é assim, porque, semelhantemente, tais ações, recaindo no que prevê o artigo 1° da Lei 7.347/85, e ainda apresentando-se ao comando judicial de seus comportamentos, são capazes de violar normas de direito material que tutelem o meio ambiente ou o consumidor.

Considerando igualmente, que a ação popular também é ferramenta adequada à tutela dos interesses difusos (art. 1º da Lei 7.347/85), faz-se mister salientar que, de maneira essencial, o sistema anterior não destoa, do que rege a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65),

---

[550]Pedro da Silva Dinamarco, p. 268.
[551] Pedro da Silva Dinamarco, p. 270.
[552] Citado por Rodolfo de Camargo Mancuso, ibid., p. 173.
[553] Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 166.

uma vez que seus artigos 1º, 4º e 6º, denotam o intento de, atingir no pólo passivo, todos aqueles que, contribuíram para o fato danoso, seja de maneira direta ou indireta.

Na Lei nº 8.429/92, que é vocacionada à reparação por atos de improbidade administrativa, pode ser encontrada equivalente produção legislativa.

O artigo 942 do Código Civil estabeleceu a questão da solidariedade em casos de reparações por danos decorrentes de ato ilícito. É o chamado regime de solidariedade passiva *ex lege*, o qual incute a susceptibilidade da via regressiva em meio aos responsáveis, os quais por sua vez, fixam entre eles, a parcela de responsabilidade de cada um na produção do evento prejudicial à coletividade.

Não há pacificação na jurisprudência no que se refere à denunciação da lide prevista no artigo 70, III do CPC. Já em sede doutrinária, verifica-se que a mesma vem se mostrando limitativa no que tange à denunciação da lide nas ações contra o Estado, sob o pretexto de, em uma única ação de reparação, não haver a possibilidade de se conceder responsabilidades que decorram de diferentes títulos jurídicos, ou seja, objetiva para o Estado; dolo ou culpa para o seu preposto[554].

No chamamento ao processo, conforme artigo 77, III do CPC, a condição basilar para o bom emprego do inciso citado, diz respeito à necessidade de ocorrência de solidariedade entre o devedor acionado e o que ele deseja chamar ao processo. Assim, é precisamente um caso de solidariedade passiva que se estabelece entre os legitimados passivos, em se tratando de ação civil pública.

Além da responsabilidade objetiva, independente de perquirição de culpa, os que devam formar no pólo passivo de ação civil pública encontram-se também, em situação de responsabilidade solidária. Embora a Lei 7.347/85 não o diga expressamente, isso decorre da natureza mesma da ação civil pública: seu objeto – o interesse difuso – é indivisível; os sujeitos concernentes são indeterminados; a condenação *in pecúnia* reverte para um Fundo Especial (art. 13); a coisa julgada se estende *erga omnes* (art. 16); tudo está a indicar que aí se estabelece uma responsabilidade passiva *in solidum*, à semelhança, aliás, do que se passa na ação popular.

Os legitimados passivos pelo sistema da ação civil pública dessa forma, respondem objetiva e solidariamente por eventuais danos causados.

---

[554] GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro.** 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1., p. 146. No mesmo senso, MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. **Direito administrativo brasileiro.** 26. ed., São Paulo, Malheiros, 2001, p. 433.

Bastante esclarecedora, é a definição de Édis Milaré[555], observando que, não obstante o Poder Público não seja responsável diretamente pela prática da lesão, pois praticado por intervenção de um de seus agentes, será ele pelo menos de forma solidária responsabilizado pelo fato de ter se omitido na obrigação de fiscalizar e evitar que tais lesões ocorram. Pelo fato de ter a Constituição Federal atribuído ao Poder Público a obrigação de defender e amparar o meio ambiente, este poderá continuamente ser parte passiva de quaisquer litígio objetivando à recuperação do meio ambiente, podendo todavia neste caso, intentar ação regressiva em face do ocasionador do dano, atitude que também poderá ser tomada contra o agente que, culposamente, ocasionou o dano ambiental.

Uma vez que na ação civil pública se discuta responsabilidade objetiva do réu, é vedada a utilização da denunciação da lide e do chamamento ao processo. No entanto, afirma José Manoel de Arruda Alvim [*et al*] que, há a ressalva da aceitação de "ação e processo, autônomos, de regresso, ou a possibilidade de prosseguir nos mesmos autos, mas sempre com autonomia, por aquele que pagou, contra o ou os responsáveis causais ou originários (art. 13 e incs. I e II, especialmente), pela causação do evento danoso e na medida da participação destes"[556].

4.9 A questão do foro competente

Diz o artigo 2º da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) no que se refere ao foro competente para esta que: "As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa".

Verifica-se que o legislador no dispositivo citado, acoplou dois requisitos permanentes ou restritivos de competência, que, em regra, surgem desconectados, isso porque, por um lado, o local do fato resulta na nomeada competência relativa, - que é prorrogável, tendo em vista que é edificada sobre o elemento território - constituída muitas vezes levando-se em consideração o interesse das partes; por outro lado, o da competência funcional, onde inicialmente prepondera o interesse das partes somente quando se aborda acerca da distribuição territorial da competência, a chamada competência de foro. Nesse ponto, tem-se à

[555] Édis Milaré, ibid., p. 426.
[556] ARRUDA ALVIM, José Manoel de; *et al*. **Código do Consumidor comentado**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 412.

condução à denominada competência absoluta – que é improrrogável e inderrogável, uma vez que materializada em motivo de ordem pública -, no qual se tem a primazia da higidez do próprio processo.

De acordo com o artigo 94 do CPC, para as ações pessoais e as reais mobiliárias, quando se fala em competência de foro ou territorial, tem-se que ela é apoiada num critério geral ou comum, qual seja, o domicilio do réu. O legislador seguiu a regra de foro territorial especial para as ações civis públicas, considerando o lugar do ato ou fato, para a ação de reparação do dano, de acordo com o artigo 100, V, *a* do CPC. Isso porque, estas se propõem a aquilatar a "responsabilidade por danos morais e patrimoniais" impostos a determinados interesses metaindividuais (art. 1º, *caput* e inc. I da Lei 7.347/85), o que sugere uma aproximação entre os fatos ocorridos e a sede do órgão jurisdicional.

Observa Moacyr Amaral Santos que: "Temos, assim, como relativas as competências em razão do território, ou competência de foro, e em razão do valor"[557].

No entanto, esse sistema admite determinadas ponderações, ao se considerar alguns pontos como a existência dos foros territoriais, especiais, anteriormente mencionados, que, tendo em vista sua especialidade, optam pela norma legal do domicílio do réu; também o fato de que, segundo observado em doutrina, a conhecida dicotomia competência absoluta/competência relativa, é puramente aproximativa, uma vez que nos casos dos foros especiais, jurisprudência e doutrina diminuem a prorrogabilidade da competência territorial.

Todavia, não se pode denegar que, seja porque se adotou a regra da competência territorial especial, prevista no artigo100, V, *a*, do CPC, ou ainda porque o juiz "terá competência funcional para processar e julgar a causa", no artigo 2º da Lei 7.347/85, o legislador aproximou critérios que, ordinariamente, conduzem à competências de índole distinta. Dessa forma, não resta equívoco que, aqui se cuida de competência absoluta, resultando nas implicações dela advindas, de acordo com o artigo 485, II do CPC, quais sejam, não se prorroga, não depende de exceção para ser conhecida, pode ser declarada de ofício em qualquer tempo ou grau de jurisdição, é fator de nulidade absoluta, ensejadora de ação rescisória.

Fazendo referência à essa cautela constitucional, e ainda trazendo elementos importantes Hely Lopes Meirelles aduz que: "Sendo o Estado, suas autarquias ou entidades paraestatais interessadas na causa, mesmo que a lei estadual lhes dê vara ou juízo privativo na Capital, ainda assim prevalece o foro do local do dano, pois a legislação estadual de

[557] MARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual civil.** V. 1, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 250.

organização judiciária não se sobrepõe à norma processual federal que indicou o foro para a ação civil pública"[558].

A Súmula 183 do STJ procurou padronizar a inteligência no que se refere ao assunto, estabelecendo que: "Compete ao Juiz Estadual, nas comarcas que não sejam sede de vara da Justiça Federal, processar e julgar ação civil pública, ainda que a União figure no processo". Porém, o Pleno do STF, julgando o RE 228.955-9 (*DJU* 24.03.2000), compreendeu que o legislador ordinário não aproveitara, positivando, a autorização constante da parte final do § 3º do artigo 109 da CF – "sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas [além das previdenciárias, expressamente referidas na primeira parte daquele parágrafo] sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual". O Supremo Tribunal Federal sustenta em determinado trecho do aresto que "a permissão constitucional não foi utilizada pelo legislador, que se limitou, no artigo 2º da Lei 7.347/85, a estabelecer que as ações nele estabelecidas 'serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa'". Diante disso, por ocasião do julgamento dos embargos declaratórios interpostos no CC 27676/BA, rel. Min. José Delgado (*DJU* 27.11.2000, p. 195), o STJ entendeu por cancelar a mencionada Súmula 183[559].

A polêmica questão da competência não pode ser decidida levando-se em consideração a titularidade do interesse metaindividual, ou seja, sob o ponto de vista da exclusividade em termos de pertinência e fruição, tendo em vista que esse interesse apresenta-se difundido em um grupo indefinido de sujeitos. Deve-se ter em conta nesse sentido, que os interesses de que trata a LACP não são, em sentido estrito, interesses públicos, mas sim, interesses metaindividuais.

Dessa forma, de acordo com o artigo 109, I da Carta Magna, o interesse da União, suas empresas públicas e autarquias precisa ser tomado, levando em conta o feitio cominado pelo caráter de tais ações coletivas. Cumpre perfilhar que conforme o artigo 109, I, da Carta Magna, o interesse da União não diz respeito a um mero interesse de fato, e que o pressuposto

---

[558] Hley Lopes Meireles, **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública...**, p. 168-169.

[559] Esclarecedor é o posicionamento de Nery e Nery ao sustentarem que: "Mesmo que haja interesse e/ou intervenção da União, a competência para a ACP é da justiça estadual (CF 109 § 3º), com recurso para o TRF (CF 109 § 4º), se no local do dano não houver vara da justiça federal (STJ 183;RSTJ 28/40; RTFR 154/23; TRF, 2ª T., AG 51277-SC, rel. Min. José Cândido, DJU 15.10.1987). Havendo na comarca do local do dano vara da justiça federal, a ela competirá decidir a causa em que haja interesse da União ou das entidades federais mencionadas na CF 109 (JSTJ 44/409)". Sobre esse histórico conferir: DIDIER JR, Fredie. A competência jurisdicional para a ação civil pública e a regra do art. 109, § 3º da CF/88. Comentário ao acórdão do STF no RE 228.955-9, **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 5, p. 23-31.

indispensável e satisfatório para o deslocamento da competência para a Justiça Federal, é a simples entrada da União na questão.

Verifica-se que não existirá o mencionado interesse quando a entrada da União se mostre puramente formal ou de simples colaboração. No ponto, Hugo Nigro Mazzilli elucida que "Assim, se a União, entidade autárquica federal ou empresa pública federal ingressarem no feito como litisconsortes voluntárias, já se tem recusado o deslocamento de competência da Justiça estadual para a federal"[560].

Nesse diapasão, Teori Albino Zavascki explicita que "A legitimidade *ad causam*, conseqüentemente, é aferível mediante o contraste entre os figurantes da relação processual efetivamente instaurada e os que, à luz dos preceitos normativos, nela deveriam figurar. Havendo coincidência, a parte processual será também parte legítima. Não havendo, o processo terá parte, mas não terá parte legítima"[561].

Outro aspecto relevante no tocante à competência diz com as tentativas que soem acontecer, buscando "deslocar" o processamento e a decisão da ação civil pública para a competência originária dos Tribunais, ora invocando-se a abrangência regional ou nacional do objeto litigioso da demanda; ora argumentando-se com o privilégio de foro – competência *ratione muneris* das autoridades envolvidas; ora, enfim, indigitando-se uma natureza "penal" na matéria.

Todavia, esses posicionamentos têm sido deixados de lado, o Supremo Tribunal Federal em decisão do Min. Celso de Mello, afirmou que a competência originária do STF, "por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional – e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida -, não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os rígidos limites fixados, em *numerus clausus*, pelo rol exaustivo inscrito no artigo 102, I, da Carta Política". E continua o pensamento trazendo à baila o ensinamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho e fazendo referência à jurisprudência do próprio STF (*RTJ* 43/129, 44/563, 50/72 e 53/776), de forma a "afastar, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais "originárias", o processo e o julgamento de causas de natureza civil que não se acham inscritas no texto constitucional (ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares), mesmo que instauradas contra o Presidente da República ou contra qualquer das autoridades que, em matéria penal (CF, art. 102, I, *b e c*), dispõem de

[560] Hugo Nigro Mazzilli, **A defesa dos interesses difusos em juízo**, p. 248.
[561] ZAVASCKI, Teori Albino. Ação civil pública: competência para a causa e repartição de atribuições entre os órgãos do Ministério Público. **Tutela coletiva**. Coordenado por Paulo Henrique dos Santos Lucon. São Paulo: Atlas, 2006, p. 258, 259.

prerrogativas de foro perante a Corte Suprema ou que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal (CF, art. 102, I, *d*). Precedentes"[562].

Na mesma esteira de pensamento, Juarez Freitas dispõe que: "No tocante à competência, ainda, tirante as previsões constitucionais expressas, não haverá prerrogativa de função é dizer, a ação civil de improbidade deverá seguir, com peculiaridades, o rito ordinário, similar àquele da ação popular, devendo ser intentada em primeiro grau"[563].

Elucida João Batista de Almeida por sua vez, que no que se refere à questão por meio da qual existiria foro especial por prerrogativa de função nas ações civis públicas tencionadas frente às autoridades que vêm a ser processadas ante Tribunais no campo criminal, "não vingou perante o STF e o STJ, que entendem que a competência dos Tribunais, constitucionalmente estabelecida, é de direito estrito, não comportando extensões e aplicação ampliativa"[564].

As conhecidas características da indeterminação dos sujeitos e da indivisibilidade do objeto se mostram como uma feição persistente na tutela dos interesses difusos. Apresentam-se como fixação de uma circunscrição judiciária.

O texto do artigo 102, I, *f*, da Constituição Federal de 1988 será tomado como referência quando as implicações dos danos causados saírem fora dos limites de um Estado, senão vejamos: "Compete ao Supremo Tribunal Federal (...) processar e julgar, originariamente, (...) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta".

O artigo 93 do CDC estabeleceu uma regra específica de competência, na qual o legislador infraconstitucional preferiu realizar a diferenciação no que tange aos danos locais e regionais/nacionais. Prescrevendo também, que será transferida, assim como todo o Título III, para a esfera das ações civis públicas, de acordo com a permissão do artigo 117 da Lei 8.078/90, isso porque esta norma encontra-se posta na parte processual referida lei. É preciso ter presente que tais distinções se estendem às ações civis públicas em geral, conforme artigo 117 desse Código.

Caso determinado evento atinja vasta região, envolvendo várias comarcas, como, por exemplo, no caso de pulverização de lavouras por agrotóxicos, através de aeronaves, determinar-se-á o foro pela prevenção. De outro modo, se os resultados do dano ecológico

---

[562] Agravo Regimental na Reclamação 1.110-1/DF, j. 25.11.1999, "Boletim dos Procuradores da República", n. 18, out. 1999, p. 5.
[563] FREITAS, Juarez. Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação. **Revista de Direito Administrativo**, n. 204, p. 79.
[564] ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 93-94.

alcançarem o território de mais de um Estado-membro, competente para apreciar e julgar a demanda será a Justiça Federal.

Fredie Didier Jr. pensando acerca das dificuldades em se estabelecer o foro competente para os conflitos metaindividuais aduz que: "Na medida em que se discutam direitos difusos, na maior parte das vezes pertencentes à humanidade ou a uma coletividade de pessoas dispersas em vários municípios e estados, indaga-se qual seria o foro competente"[565].

De forma a confrontar-se demandas dessa índole, faz-se mister lançar mão da mistura e complementação em meio as normas de regência, advindas em períodos diversos, fenômeno que hodiernamente se tem denominado diálogo das fontes. Compete tomar os dispositivos do artigo 2º da Lei 7.347/85 e o artigo 109, I e parágrafos da Constituição Federal de 1988 e ainda o artigo 93 e incisos da Lei 8.078/90 de forma contígua, fundados nas indicações de razoabilidade, interpretando-se sistematicamente, de forma que, ao término subsista resguardado o desígnio principal, qual seja, o da efetiva tutela judicial aos interesses metaindividuais.

Por sua vez Claudia Lima Marques sustenta que na "pós-modernidade" não mais permite este tipo de clareza ou de "mono-solução". A solução sistemática, em um momento posterior à decodificação, à tópica e à micro-recodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo; deve ser mais fluida, mais flexível, tratar diferentemente os diferentes, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções. A superação de paradigmas é substituída pela convivência dos paradigmas, a revogação expressa pela incerteza da revogação tácita indireta através da incorporação (c.f. art. 2.043, CC). As leis convivem com campos de aplicação diferentes, campos por vezes convergentes e, em geral, diferentes (no que se refere aos sujeitos), em um mesmo sistema jurídico; "há um 'diálogo das fontes' especiais e gerais, aplicando-se ao mesmo caso concreto"[566].

Maria de Fátima Vaquero Ramalho Leyser assim sintetiza a polêmica em questão: "Se o dano transcender a uma determinada circunscrição judiciária, mas dentro de um mesmo Estado federado ou no Distrito Federal, tratar-se-á de dano regional. Quando o dano transcender a área territorial de um Estado federado ou do Distrito Federal, tratar-se-á de dano

---

[565] DIDIER, Fredie. A competência jurisdicional para a ação civil pública e a regra do art. 109, § 3°, da CF/88. Comentário ao acórdão do STF no RE 228.955-9. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 5, p. 29.
[566] MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 62, 63.

de âmbito nacional. Nas duas hipóteses, a competência para a causa é do foro da capital do Estado ou do Distrito Federal"[567].

Tendo em vista que constitui uma linha divisória em meio a órgãos judiciais que, à primeira vista se apresentam competentes do mesmo modo, o critério da prevenção não é definitivo, mas tão somente elemento determinativo ou ainda, confirmatório de competência.

Pode ocorrer de, os requisitos e medidas emanados do processo civil clássico não serem aplicáveis, e também, na maior parte das vezes, precisarem ser recebidos tomando-se suficiente precaução e ainda as imprescindíveis adequações no que se refere à interpretação de regras de competência quando consistir em ações envolvendo conflitos metaindividuais, nas quais se está tratando de jurisdição coletiva. Assim, seja pela contigüidade física com os fatos advindos ou receados, ou ainda se consistir em simplificação na coleta da prova, seja pela proximidade entre o juízo e os indivíduos relativos ao conflito metaindividual de que trata as regras da instrumentalidade e da efetividade do processo, devem ser individualmente praticadas, de modo a se dar preferência ao foro do local da lesão.

João Batista de Almeida de acordo com o artigo 114 da Carta Magna, no que diz respeito à questão da competência no âmbito trabalhista para a ação civil pública esclarece que: "Essa Justiça especializada também detém competência para processar e julgar a ação civil pública para a defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos (LOMPU, art. 83, III), especialmente aqueles elencados nos incisos do artigo 7º do Texto Constitucional"[568].

O tema da competência no âmbito das ações civis públicas continua em discussão, competindo anotar que a PEC 358/2005, em trâmite no Congresso Nacional, tem como desígnio implantar na competência originária do STJ, prevista no artigo 105, I da CF, este § 2º, senão vejamos: "Nas ações civis públicas e nas propostas por entidades associativas na defesa dos direitos de seus associados, representados por entidades associativas na defesa dos direitos de seus associados, representados ou substituídos, quando a abrangência da lesão ultrapassar a jurisdição de diferentes Tribunais Regionais Federais ou de Tribunais de Justiça dos Estados ou do Distrito Federal e Territórios, cabe ao Superior Tribunal de Justiça, ressalvada a competência da Justiça do Trabalho e da Justiça Eleitoral, definir a competência do foro e a extensão territorial da decisão".

---

[567] LEYSER, Maria de Fátima Vaquero Ramalho. Competência nas ações coletivas. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Instituto Toledo de Ensino, n. 19, Bauru, ago.-nov. 1997.

[568] ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 87.

4.10 Litisconsórcio e assistência (possibilidade de intervenção de terceiros)

Por previsão expressa do § 2º do artigo 5º da LACP, faculta-se ao Poder Público e às associações ingressarem como "litisconsortes de qualquer das partes", todavia, o dispositivo não aclara a possibilidade de fazê-lo na qualidade de assistentes.

Todavia, na Lei da Ação Popular, contemplou-se no § 5º do artigo 6º que "é facultado a qualquer cidadão habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor da ação popular".

José Afonso da Silva[569] leciona que, em se tratando de ação popular a conjugação de interesses é demonstrada, e apenas em virtude de uma incoerência técnica, a participação de todos os cidadãos não se mostra imperiosa, não obstante, tenha-se cogitado o cabimento de citação por edital daqueles terceiros que estejam interessados, algo que, segundo o autor, somente acarretaria dificuldades improfícuas. Deste modo, desde que entre na demanda ao lado do autor popular, todo aquele cidadão que assim o fizer, figurará na condição de litisconsorte, considerando que do mesmo modo, é titular da ação em curso.

É evidente o fato de que, salvo no que se refere à questão da legitimação ativa, há entre a ação civil pública e a ação popular em relação ao objeto, um campo de atuação comum, o qual é explicado em virtude da idoneidade das duas para a tutela judicial dos chamados interesses difusos.

De forma expressa, o artigo 5º, § 2º, da Lei 7.347/85, pressupôs o litisconsórcio tanto ativo como passivo, no entanto, a referida lei se omite na mesma medida, no que se refere à assistência.

Muito embora não haja tal previsão legal no referido § 2º, no que se refere à esse instituto, é imperioso destacar que, uma vez verificada a estreita relação entre a ação popular e a ação civil pública, e levando em conta que o CPC, conforme se pode depreender do artigo 19 da Lei nº 7.347/85, se apresenta como fonte secundária, desde que se cumpram determinadas prescrições, a assistência poderá ser acolhida.

O entendimento que tem preponderado nesse tema, é aquele que aproxima os terceiros não da figura dos co-legitimados arrolados nos artigos 5º da LACP e 82 do CDC, e sim, na dos sujeitos da circunstância de direito material. Assim, quando procedente o pedido, são eles,

[569] SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 193.

na qualidade de substituídos pelos entes legitimados, inteiramente favorecidos pela coisa julgada.

Foi estabelecido através de legislação especial que a imutabilidade da decisão no caso das ações de índole coletiva, conforme o caso, ao contrário da hipótese de permanecer circunscrita aos membros formais que fizeram parte do processo, desdobra-se *ultra partes*.

Com exceção da coisa *secundum eventum probationis*, no processo coletivo o critério utilizado não distingue do que recai na esfera da tutela individual, ou seja, as implicações da decisão e o alcance que a coisa julgada causam, uma vez versando sobre proposição de recebimento da pretensão, ou ainda na hipótese de rejeição, dificultando assim, a propositura de outra ação coletiva que possua semelhantes dados objetivos.

4.10.1 No pólo ativo

Ao se analisar de maneira individuada nos pólos ativo e passivo da ação civil pública o litisconsórcio e a assistência, verificamos algumas peculiaridades.

No que reporta ao litisconsórcio, estando o mesmo edificado nos incisos I e II do artigo 46 do CPC, depreende-se que o mesmo é do tipo facultativo. Além disso, sob o ponto de vista da legitimação para agir, ele apresenta-se do tipo simples ou comum. A explicação para essa situação, é baseada no fato de a legitimação ser concorrente e disjuntiva, na qual os co-legitimados têm a possibilidade de atuar de maneira conjunta ou em separado.

Em virtude da modificação legislativa derivada do artigo 113 do Código de Defesa do Consumidor, a qual veio inserir o § 5° ao artigo 5º da LACP e também, conforme artigo 127, § 1º da Carta Magna, dada a presença da unidade e indivisibilidade do *Parquet*, os Ministérios Públicos da União, Distrito Federal e Estados, possuem a faculdade de se unirem no pólo ativo da ação civil pública.

Em regra Nery e Nery advertem que tal hipótese não cuida de litisconsórcio, mas de representação: "Esta representação é questão *interna corporis* do MP, não sendo lícito ao juiz decidir a respeito, salvo se houver expressa previsão legal limitando o campo de atuação do MP"[570].

[570] Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, op. cit., nota 35 ao artigo 5º da Lei 7.347/85.

João Batista de Almeida entende ser injustificável tal hipótese de litisconsórcio entre Ministério Público. Para isso, colaciona o entendimento de Paulo Bessa Antunes[571], para quem tal episódio "é evidentemente inconstitucional, ante o artigo 127, § 1º, da Lei Fundamental. Assim é porque, se o MP é uno e indivisível, não pode dividir-se em duas entidades autônomas e que se unem em determinados momentos para a propositura de uma demanda judicial".

Em outra passagem, João Batista de Almeida[572] sustenta que será mais vantajoso que haja uma cooperação entre os diversos segmentos do *Parquet*, considerando que na hipótese um deles receber informação de acontecimento que precise ser verificado e ocorrer deste não possuir exercício diante da respectiva Justiça competente para o processo judicial, aquele carecerá enviar todos os dados que possui, no sentido de fazer com que, se preciso, o outro Ministério Público investigue a fundo, e requeira as atitudes judiciais oportunas.

A assistência por seu turno, apesar de não prevista expressamente no artigo 5º, § 2º, podemos inferir que no âmbito da ação civil pública ela admite as modalidades "simples/adesiva" ou, ainda, "litisconsorcial/qualificada".

O assistente do tipo simples/adesivo possui os mesmos poderes e ônus que a parte assistida. Contudo, como assistente, e por essa razão, tem sua ação adstrita à vontade do assistido. No que se refere ao assistente litisconsorcial, o autor assevera ainda, que seus poderes são tão amplos quanto aqueles da parte a que assiste, podendo, inclusive, agir em desconformidade com a vontade desta". De acordo com o previsto no artigo 54 do CPC, tal circunstância se verificará sempre vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido.

4.10.2 No pólo passivo

Ao se tratar da mesma questão, porém no pólo passivo, verifica-se que mesmo existindo o impedimento da possibilidade de litisconsórcio nesse âmbito, o § 2º do artigo 5º preleciona que o Poder Público e as associações podem habilitar-se sob aquela qualidade em

[571] ANTUNES, Paulo Bessa. O papel do Ministério Público na ação civil pública. **Revista da Procuradoria-Geral da República**, v. 7, p. 126-127.
[572] João Batista de Almeida, op. cit., p. 105-106.

relação a qualquer das partes, o que de certo modo, abarcaria a ocorrência subjetiva da demanda em ambos os pólos.

Entretanto, quando na ação civil pública, se fala em cúmulo subjetivo dos réus, é preciso sopesar uma peculiaridade afeita às ações vocacionadas à preservação de interesses difusos, qual seja, o fato de que, os possuidores de tais interesses (Poder Público, o Ministério Público, as associações ambientalistas ou de defesa dos consumidores), agirão no pólo ativo da ação.

Contudo, na ação coletiva passiva do sistema norte-americano, na qual para fazer parte do pólo passivo da demanda coletiva, se busca a apropriada representatividade daquele que é detentor de determinado interesse metaindividual é de se cotejar o entendimento de Ricardo de Barros Leonel[573] entendendo este que, tendo-se em vista que, na ordem atual, há apenas uma proposição, essa em matéria trabalhista, pela qual, se poderia pensar em ação contra a categoria representada por um legitimado, que é o chamado dissídio coletivo, não se pode conceber que as observações verificadas naquele sistema se apliquem ao nosso ordenamento.

Doutrinariamente, tal feição é registrada por Ada Pellegrini Grinover, observando a autora que: "Talvez não sejam freqüentes as oportunidades em que os interesses institucionais dos corpos intermediários coincidam com os do réu. Mas não se podem excluir, a priori, ações intentadas não a favor, mas sim contra o interesse coletivo"[574].

Verifica-se, portanto, que se mostrando inconveniente ou mal versada a intervenção litisconsorcial ou assistencial, assim como existindo conluio entre as partes, o magistrado terá ao seu alcance os instrumentos previstos no artigo 125, III do CPC, necessários para sua repressão. Facultando-lhe ainda, conforme artigo 129 do CPC, pronunciar sentença que iniba aos objetivos das partes.

Acompanhou-se o preceito legal norte-americano das *class action*, no que diz respeito ao sistema processual do Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo-se no artigo 94 deste diploma, para as ações coletivas que cuidam da defesa de interesses individuais homogêneos a conseqüente previsão: "Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor".

---

[573] Leonel, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 206, 207.
[574] Ada Pellegrini Grinover, ibid., p. 5.

De outra maneira, o artigo 22 do diploma consumerista, estabelece que os órgãos públicos "são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos". Conclui-se assim, que aqueles possuem aptidão para, até mesmo em litisconsórcio com aquele que deu ensejo à demanda, serem parte passiva na ação civil pública. Nesse aspecto, indicam Nery e Nery os "casos em que o poder público é co-responsável por danos causados a bem jurídico protegido pela LACP, hipótese em que deve figurar no pólo passivo"[575].

Na constituição do pólo passivo da ação civil pública, é oportuno trazer à baila a proposição colacionada por Teori Albino Zavascki[576], que se baseia em ato de improbidade administrativa (Lei nº. 8.429/92), afirmando que tal ação possui "dupla face: é repressiva-reparatória, no que se refere à sanção de ressarcimento ao erário; e é repressiva-punitiva, no que se refere às demais sanções. No primeiro aspecto, ela é semelhante à ação civil pública comum; já no segundo, ela assume características incomuns e inéditas, sem similar em nosso sistema processual civil".

Em outra passagem, anota o referido autor ser imprescindível no que concerne à legitimação passiva, a "participação, em sua prática, de um agente público: praticada, não por qualquer pessoa, mas sim por pessoa de alguma forma vinculada ou responsável pela sua gestão, administração ou guarda. Se o terceiro induz ou concorre para a prática do ato, ou dele se beneficia ficará, ele também, sujeito às penas correspondentes"[577].

Caso o Ministério Público seja o autor, o § 3º do artigo 17 da Lei 8.429/92 prevê que, "aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º do artigo 6º da Lei 4.717, de 29 de junho de 1965".

Isso denota que, para a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, que figure como parte ré na ação civil pública da Lei 8.429/92, pelo menos inicialmente - isso em virtude de que, por seu competente caráter, os interesses protegidos pela ação civil pública da referida lei são considerados indisponíveis, uma vez tratar-se de texto de lei direcionado à defesa do erário e da moralidade administrativa -, permanecerá aberta a alternativa judicial tripla, considerando as alternativas elencadas no § 3º do artigo 6º da Lei n°. 4.717/65 (Lei da Ação Popular) e facultando-lhe ainda, a hipótese de contestá-la, lhe é também admissível abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou diligente.

---

[575] Nery e Nery, ibid., nota 21 ao art. 5º, § 2º, da Lei 7.347/85.
[576] ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo – Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 114.
[577] Teori Albino Zavascki, ibid., p. 114.

A propósito, atualizando o trabalho de Hely Lopes Meirelles, Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes[578] registram que, poderá a pessoa jurídica no caso, em estando certa da inocorrência do ato ilícito e também de ato de improbidade, opor-se à demanda intentada, tomando a condição de litisconsorte passiva. Nesse caso, emprega-se a regra da ação popular, por meio da qual a pessoa jurídica interessada tem a faculdade entre aquiescer ao autor ou rebater a ação.

4.10.3 Intervenção do cidadão (individualmente ou em grupo)

Antes de se esclarecer se há a possibilidade do cidadão, de forma isolada ou em grupo, questionar em juízo sua admissão na demanda, nos pólos ativo ou passivo, seja na qualidade de litisconsorte ou de assistente, faz-se necessário inicialmente, lembrar que, o cidadão, diversamente do que ocorre na ação popular, não aparece em meio aos legitimados ativos autorizados a propor a ação civil pública.

Todavia, como existe a possibilidade do cidadão figurar como réu infere-se que, de acordo com a índole de seu estilo jurídico e perante as diferentes partes, nada obsta a admissão do mesmo como co-réu, litisconsorte ou assistente do réu originário, assim como também, nomeado à autoria, chamado ao processo, denunciado à lide.

Hugo Nigro Mazzilli leciona que: "Como regra geral, só não pode ser ré, em ação civil pública ou coletiva, a própria coletividade considerada transindividualmente"[579].

Rodolfo de Camargo Mancuso[580] com agudez peculiar comenta a respeito advertindo que:

> Quer nos parecer, porém, que a legitimação prevista no art. 5º da Lei 7.347/85 é ordinária, já que cada qual dos legitimados exercita direito próprio, assegurado numa norma legal, embora o objeto da ação, por sua larga extensão, abranja outros cidadãos e instituições. Situação, de resto, análoga à da ação popular. De todo modo, cremos que há um impedimento para se admitir o ingresso do cidadão como litisconsorte originário ou ulterior ou ainda assistente, no pólo ativo em ação civil pública cujo

[578] Hely Lopes Meirelles, **Mandado de segurança, ação popular...,** p. 201 e rodapé 8.
[579] Hugo Nigro Mazzilli, **A defesa dos interesses...,** p. 285, 286.
[580] Rodolfo de Camargo Mancuso, **Ação civil pública: em defesa...,** p. 226.

> objeto seja interesse difuso ou coletivo (CDC, art. 81, parágrafo único, I e II): é que lhe faltaria, a nosso ver, interesse processual, já que o objeto da ação não lhe pertine individualmente, nem poderá, em execução, ser "fracionada" para que lhe seja atribuída sua "quota-parte", como se dá no pleito envolvendo interesses individuais homogêneos – CDC, art. 97.

Outro empecilho nesse âmbito, diz respeito ao irrestrito ingresso de litisconsortes e de assistentes na esfera da ação civil pública, o que acabaria gerando o conhecido litisconsórcio multitudinário.

Tal fato costuma acontecer nas ações intentadas por servidores públicos, na quais o interesse em litígio é equivalente ao dos demais funcionários. Nessas hipóteses, é plausível a referida intervenção, considerando que, em ocorrendo de outra forma, o restante dos servidores que possuem interesse, haveriam de intentar outra ação, a qual em virtude da conexão, acumular-se-ia à primeira ação proposta.

Todavia, não se aplica à ação civil pública idêntico pretexto, considerando que, nesta se vê indistintamente, em sentido estrito, interesses difusos e coletivos. Nesse sentido, a conseqüência que seja benéfica ao autor propagar-se-á pelo contexto de toda a coletividade, estando compreendido, dessa forma, o cidadão.

Afigura-se exeqüível a questão da conexão ou continência entre as ações civis públicas e populares.

A doutrina levantou oportuno aspecto considerando a semelhança entre os preceitos que regulam a ação popular (CF, art. 5º, LXXIII) e os da ação civil pública na Lei Orgânica Nacional do MP (n. 6.825/93, art. 25, IV, *b*). Assim, Ada Pelegrini Grinover, anotou que essa lei "ampliou a legitimação à ação popular, atribuída pela Constituição ao cidadão, para estendê-la ao Ministério Público. Mas, na verdade, esta ação civil pública, criada pela LNMP, nada mais é do que uma espécie que pertence ao gênero ação popular[581]".

Reduzir a duração das demandas levadas à apreciação do Poder Judiciário, aperfeiçoando assim, a eficiência da resposta judiciária, evitar o *bis in idem*, procurando evitar sobremaneira as divergências entre os julgados, sobretudo, onde a coisa julgada necessitará prolongar a eficácia ampliada, que é no âmbito da jurisdição coletiva. São desígnios que estabelecem relações entre os institutos da conexão, continência, litispendência e coisa julgada, e que não podem ser olvidados.

---

[581] GRINOVER, Ada Pelegrini. Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência. In: **Ação civil pública – Lei 7.347/85 – Reflexos e reminiscências após 10 anos de aplicação**. Coordenado por Édis Milaré São Paulo: RT, 1995, p. 23.

4.11 Controle de constitucionalidade e Ação Civil Pública

A Constituição de 1988 manteve o sistema eclético (híbrido ou misto), combinando o controle por via incidental e difuso (de influência americana), que vinha desde o início da República (1891), com o controle por via principal e concentrado (inspirado no sistema continental europeu). Isto, porque "a fórmula política de uma Constituição é a expressão ideológica que organiza a convivência política em uma estrutura social"[582-583].

O controle de constitucionalidade é um dos mecanismos aptos a deflagrar a correção da quebra da unidade do sistema, consubstanciado na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição[584].

Como assegura Luís Roberto Barroso, caracterizado o descompasso, o sistema provê uma série de medidas que objetivam superá-lo, restabelecendo, assim, a harmonia perdida[585].

A idéia de controlar a conformidade das leis, e, em certas ocasiões, a dos atos e decisões emanados de órgãos públicos em geral, com a Constituição, teve origem no nascimento e expansão dos sistemas de justiça constitucional. Em virtude desses sistemas, tem-se criado determinados tribunais, usualmente chamados Tribunais Constitucionais[586].

Não apenas interessa um efeito acessório exercido por outras atividades políticas, porém, também, organizar uma instituição, uma instância especial que tenha respaldo dos diversos poderes; enfim da Constituição mesma. Como aponta Carl Schmitt, não parece

---

[582] Willis Santiago Guerra Filho, no mesmo trecho, afirma, ainda, que a fórmula política, como elemento caracterizador da Constituição, é o principal vetor de orientação para a interpretação de suas normas e, através delas, de todo o ordenamento jurídico, se apresentando como um verdadeiro programa de ação a ser partilhado por todo integrante da comunidade política, e por isso, responsável a um só tempo pela sua mobilidade e estabilidade. Também na esteira de Verdú, conclui o autor que "a fórmula política é um fator essencialmente dinâmico, pois toda ideologia pretende realizar-se mediante sua institucionalização e implantação na realidade social" (Pablo Lucas Verdú *apud* por Willis Santiago Guerra Filho, **Processo constitucionais...,** p. 16).

[583] Como já é possível inferir, o presente estudo baseia-se na possibilidade de aplicação da ação civil pública como instrumento de controle incidental e difuso de constitucionalidade, conforme veremos ao longo da explanação.

[584] A proteção dos direitos fundamentais perfaz um dos alicerces do controle de constitucionalidade, inclusive os direitos sociais esculpidos no artigo 6º da Constituição brasileira de 1988.

[585] BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – Limites e possibilidades da Constituição brasileira.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1.

[586] CAPPELLETTI, Mauro. **Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional.** In: Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales. L. Favoreu et al. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 599.

oportuno, em um Estado de Direito que diferencia os poderes, confiar a missão precitada a um dos poderes existentes[587].

O cerne dessa idéia consiste no fato de que existe uma 'lei superior' derrogável somente por procedimentos especiais e complexos, os quais vinculam até mesmo o legislador, não podendo ser aplicada uma lei ordinária que a contradiga.

Rui Barbosa, a respeito da matéria, propugna limites, no domínio da realidade, averbando como inconstitucionais (inválidos) os atos parlamentares que se oponham à moral, ao direito das nações, aos princípios fundamentais da Constituição, chegando a afirmar que a vontade soberana pode mudar de direção e que, neste sentido (e neste caso), a legislação e a soberania devem ser termos conversíveis[588].

Do contrário, rechaça Rui Barbosa em análise ao sistema inglês, se um parlamento pudesse divorciar-se do sentimento nacional, a ponto de confundir as funções da justiça com as do Executivo, subordinar o direito de reunião à autorização prévia do governo, estabelecer a eletividade da magistratura, dar à milícia a escolha de seus oficiais, ou retirar aos tribunais ordinários os crimes de ordem comum perpetrados por militares, a inconstitucionalidade de tais leis, seu conflito com esse espírito de liberdade, que é a expressão geral do direito político na Grã-Bretanha, que forma, por assim dizer, a sua Constituição imanente, não teria paradeiro, não encontraria solução em nenhum dos poderes constituídos[589].

Ainda hoje, temas como a concretização dos direitos fundamentais, poder discricionário da Administração Pública, controle jurisdicional, estão em processo de maturação no Judiciário.

Não basta apenas localizar e identificar o direito em questão, mas, visando à sua efetividade, faz-se necessário identificar qual o meio processual idôneo à sua concretização[590].

---

[587] Em verdade, o autor está a defender a existência de um poder moderador, prova constitucional, aliás, catastrófica na experiência de 1824. Contudo, a idéia de um órgão neutro ainda é bastante útil, nada obstante utópica em sua plenitude. A idéia de qual o poder que vem antes, decorre da necessidade de legitimação dos atos de governo. Contudo, essa é uma equação que se pudéssemos encontrar algum parâmetro analógico nas ciências exatas, certamente seriam as dízimas periódicas. É como colocar um espelho em frente ao outro. Seu reflexo encontra-se no infinito. Virá uma imagem depois da outra, até virar um ponto no infinito. Essa mesma idéia que deu origem às Cortes Constitucionais, ao Ministério Público, aos Conselhos Nacionais da Magistratura e do Ministério Público etc. – e, certamente, não deve parar por aí. A pergunta quem controla ou previne o controlador não deve calar, podendo até zerar e começar tudo novamente (SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución.** 2. ed. Prólogo de Pedro de Vega. Madrid: Tecnos, 1998, p. 213).

[588] BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais.** 2. ed. Atualização de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2004, p. 23.

[589] Rui Barbosa, op. cit., p. 26.

[590] A identificação da ação com o direito subjetivo material, que através dela se faz valer em juízo, ficou conhecida como doutrina clássica, civilista ou imanentista da ação. Imanentista, porque a ação era algo imanente ao próprio direito material, que não possuía vida própria. Daí a clássica proposição: "Não há direito sem ação, não há ação sem direito, a ação segue a natureza do direito", acolhida pelo art. 75 do Código Civil de 1916

Como dito, decorre, pois, da utilidade das leis ou da exigência perpétua de justiça[591], que os direitos, especialmente aqueles cristalizados com *status* de fundamental, sejam concretizados. Tal negação configura *de per si* inconstitucionalidade. Trata-se mesmo de razão contratualista, do compromisso assumido pelo Estado[592].

Para cada direito deve ser assegurado um ou mais meios processuais de acesso e implementação dessa parcela de justiça. De outro modo, não faria sentido algum existir o direito material se, quando negados, não houvesse meios para efetivá-los.

Verificou-se, ao longo do século passado, sobretudo nas últimas décadas, a ascensão das massas, com turbulência social irradiada daqueles socialmente excluídos. O modelo de processo individualista não mais estava apto a resolver fenômenos de massa. A palavra de ordem passa a ser isonomia real (e não apenas formal), ombreando fracos e fortes, possibilitando aos primeiros condições de obtenção de seus direitos.

Assume relevância, portanto, a tutela coletiva de direitos. Uma nova tendência começou a se desenhar, no sentido de ampliar o âmbito dos direitos pertinentes a uma ou mais pessoas determinadas, ou até mesmo direitos coletivos de categorias específicas, ligadas por uma relação jurídica básica, mas para alcançar os interesses de grupos integrados por uma pluralidade de pessoas indeterminadas embora vinculadas por um mesmo interesse comum.

A ação civil pública, dentre os instrumentos processuais para tutela coletiva, tem se mostrado muito eficiente à realização de tal empreitada. Sua natureza jurídica como instrumento constitucional de exercício de cidadania, manejado pelos de corpos intermediários representativos da sociedade civil são indicativos de sua aptidão para concretização dos interesses e direitos coletivos e difusos, bem como, naturalmente, os individuais homogêneos, porque supra-individuais também.

Os provimentos jurisdicionais obtidos por meio de outros instrumentos de tutela coletiva são incompletos, porquanto impedem pedidos de indenização ou de condenação em obrigação de fazer ou não fazer. Deste modo, cresce mais ainda em importância o estudo da ação civil pública, sobretudo no que tange ao controle difuso de constitucionalidade, especialmente em sede de direitos fundamentais.

Em que pese a importância das demais modalidades de tutela coletiva (mandado de segurança coletivo, ação popular etc.), como anunciado, o presente estudo, queda por

---

(ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo.** 10. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 116).

[591] Norberto Bobbio informa que a eterna da idéia de justiça é um fato determinante para uma constante atualização do direito positivo (BOBBIO, Norberto. **Locke e o Direito Natural**. Brasília: UNB, 2006, p. 25).

[592] Ian Shapiro, op. cit., p. 6.

privilegiar a ação civil pública, instituída pela Lei 7.347/85, como eficiente meio de controle de constitucionalidade difuso, hipótese aumentada pela ampliação do seu objeto, com o advento da Lei 8.078/90 (CDC).

Assim, a possibilidade jurídica de correção por meio de ação civil pública, é um tema bastante instigante. Questões do tipo: qual o limite, o objeto, prestações jurisdicionais possíveis, o alcance da ação civil pública, reclamam a atenção dos pesquisadores.

4.11.1 O Estado de direito e a necessidade de controle das leis

Em todo Estado há manifestações de atividades que não podem faltar sem que falte a sua vida mesma. Alexandre Groppali confirma ser salutar que em qualquer organização estatutária haja uma atividade orientada no sentido de propor as normas gerais que devem regular, em primeiro lugar, a própria ordem do Estado, em seguida as relações entre Estado e cidadãos, assim como também as existentes entre cidadãos e cidadãos[593].

Cumpre também ao Estado a missão de fixar e valer o direito a ser aplicado nos casos concretos, além de satisfazer às necessidades e promover o bem-estar e o progresso. Assim, são funções precípuas: a legislativa, a jurisdicional e a administrativa, compreendendo-se nesta, inclusive a função de governo, a qual se concretiza na determinação das diretivas gerais do Estado considerado em sua unidade[594], bem como na dos meios adequados[595] para pôr em

---

[593] GROPPALI, Alexandre. **Doutrina do Estado.** Traduzida da 8. edição italiana, por Paulo Edmur de Souza Queiroz. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 186.

[594] Com precisão Vladimir da Rocha França propõe limites à ação do Poder Judiciário quando este se depara com a contestação de um ato administrativo parcialmente formado por elementos oriundos da subjetividade do administrador (FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa** – No regime jurídico-administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000ª, p. 4). Registra Carlos Maximiliano, em **Comentários à Constituição Brasileira de 1946** (MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição brasileira.** 5. ed. Vol. II. São Paulo: Freitas Bastos, 1954, p. 34), que a Constituição não estabelece só a independência, mas também a harmonia dos poderes. Tal mandamento nunca foi tão atual (art. 2º, CF/88). Também Edilson Pereira Nobre Júnior (NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. **Direitos fundamentais e argüição de descumprimento de preceito fundamental.** Porto Alegre: SAFe, 2004, p. 67), com suporte em "**O Federalista**", revela o mesmo pensamento ao afirmar em tom peremptório que o direito dos tribunais em declarar a nulidade dos atos da legislatura não importa na idéia equivocada de sustentar-se a superioridade do poder judicial frente ao Legislativo - ou mesmo ao Executivo, como seria o caso.

[595] Oportunamente Pedro Lenza destaca a necessidade de provimentos jurisdicionais mais bem adequados, com o objetivo, acima de tudo, de preservação do objeto material pretendido, qual seja, a tutela específica a ser analisada, particularmente em relação às ações coletivas que tenham por objeto bens transindividuais (LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 334).

execução essas diretivas reveladoras da soberania popular[596]. Isto por que, como assevera Léon Duguit, "Ninguém possui o direito de mandar nos outros (...)"[597].

4.11.2 Controle dos atos de governo e tripartição do poder: revisitando o princípio da separação dos poderes

Os atos de governo, então, só podem se impor aos governados quando se conformam com as normas do Direito. Vladimir da Rocha França, leciona que "no arbítrio não há qualquer espaço para o dever de motivação dos atos jurídicos do Estado, uma vez que a legitimação da decisão se faz mediante sua mera imposição material"[598].

Neste sentido, o poder político tem por finalidade realizar o Direito, sendo, assim, o poder político é a força que é posta a serviço do Direito[599].

Não fazemos qualquer objeção ao que diz Duguit se pensarmos que o Direito está em total consonância com a vontade da maioria[600], ou como propõe Luhmann em sua visão sociológica: de acordo com as "expectativas congruentes"[601-602].

---

[596] Pedro Lenza, ibid., p. 187.

[597] DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito.** Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas-SP: LZN, 2003, p. 43.

[598] FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2007, p. 93.

[599] Otfried Höffe de intróito propõe o redimensionamento do discurso da justiça, esclarecendo que a idéia da justiça política, as leis e as instituições políticas são submetidas a uma crítica ética; e já que modernamente o universo político assume a figura de uma ordem de direito e de Estado, a justiça política designa também a idéia de ética de direito e de Estado. Precisamente o autor dá as primeiras linhas para se distinguir formas legítimas e não-legítimas de direito e de Estado. Não é demais salientar que legitimidade não é o mesmo que legalidade, mas especialmente a verificação da conformidade de todo ato administrativo com a origem do poder que o autoriza. Retomando Höffe no mesmo trecho: "As relações de direito e Estado não são avaliadas e desprezadas, mas são redimensionadas pelo alcance e limites de sua legitimidade; a crítica filosófica visa uma legitimação e limitação do direito e do Estado" (HÖFFE, Otfried. **Justiça política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado. Tradução: Ernildo Stein. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 1).

[600] Mesmo a prevalência da vontade da maioria em detrimento de interesses minoritários (individuais ou coletivos), carece de ponderação. Isto porque em face do princípio da (des)igualdade é necessário haver um nexo lógico que justifique a vedação de acesso a interesses pela desequiparação. Em igual sentido Jürgen Habermas destaca que a (re)leitura liberalista da autodeterminação democrática mascara o problema das minorias em sociedades democráticas, quando uma cultura majoritária, no exercício do poder político, impinge às minorias sua forma de vida, negando assim aos cidadãos de origem cultural diversa uma efetiva igualdade de direitos (HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução: George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002, p. 170). As duas correntes que justificam o sistema representativo são abordadas nesse instante, quais sejam: a teoria da soberania nacional e a teoria da soberania popular. Esta, de origem mecanicista, com a máxima de que todo poder emana do povo e em nome do povo deve ser exercido (direta ou indiretamente); e aquela, numa perspectiva orgânica, que o poder emana de um espírito nacional, consubstanciado na máxima de que o interesse público (empiricamente o interesse do Estado) sobrepõe-se ao interesse individual e dos grupos (BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 57). Essas vertentes, aparentemente dicotômicas, irão se digladiar para tornarem-se

À evidência da necessidade de uma separação do poder legislativo do executivo, em primeiro plano, bem destacou Alexandre Groppali[603], já existe desde Aristóteles, encontrando-se já bem definida em S. Tomás de Aquino, Marcílio de Pádua, Maquiavel, Buchanan e Hoocker, devendo caber um mérito todo especial, em face da atribuição do valor jurídico, a Locke e a Montesquieu, este último tendo a levado às suas últimas conseqüências.

Carl Schmitt aponta que em Locke[604] se encontra também a repetida justificação da distinção entre Legislativo e Executivo: "no es bueno que los mismos hombres que hacen lãs

---

detentoras da legitimidade dos atos administrativos. Não se deve olvidar que a legislação, em grande parte, busca sustentar os interesses das classes que dominam o poder e que, em algumas situações, estão em contraste com os interesses gerais da Nação. Assim, outro compromisso do processo legislativo é fazer cessar o conflito, mediante debate preordenado, por ato parlamentar (COUTURE citado e comentado por SILVA, In: SILVA, José Afonso. **Processo constitucional de formação das leis**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 42).

[601] A respeito das expectativas de expectativas, também produtos das incursões de Luhmann, 'vemos' sua aplicação quando percebemos os cidadãos esperando que o Direito espelhe a sua vontade soberana, ao mesmo tempo em que o Direito tenta lhes impor o seu poder político. Imbricada nesta simbiose quase sempre imperfeita, reside a complexidade que demanda dos aplicadores da lei o aprofundamento filosófico nas searas política e sociológica (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Biblioteca Tempo Universitário 75. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 45).

[602] Alf Ross após refletir sobre a justiça enquanto necessidade, o mérito e contribuição de cada um, em tom pessimista (e profético) conclui que "A ideologia da justiça é uma atitude militante de tipo biológico-emocional, para a qual alguém incita a si mesmo à defesa cega e implacável de certos interesses. Visto que a idéia forma de igualdade ou justiça como estrela polar para a orientação político-social carece de todo significado, é possível advogar a favor de qualquer postulado material em nome da justiça" (ROSS, Alf. **Direito e justiça.** Tradução de Edson Bini. Revisão técnica de Alysson Leandro Mascaro. 1ª reimpressão. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 314-321). Parcialmente verdadeira, e totalmente pertinente, a assertiva, há que se adentrar sobre a nervura do real, contributo de Bento de Espinosa, para quem a liberdade algum com livre-arbítrio. Ela equivale pura e simplesmente a autodeterminação proveniente da própria natureza, isto é, de nós mesmos. Assim, com um pouco de retórica, é possível afirmar que uma verdade individual é apenas uma sandice. Mas uma verdade coletiva é a própria materialização do universo (comunicacional) humano; verdade, portanto. Assume relevância, nesta perspectiva, o estudo da Filosofia Política e da Linguagem, as quais servirão de substrato à Argumentação. Marilena Chauí apresenta extensa monografia à respeito da matéria. Destacamos a seguinte passagem: "Em suma, a finalidade simplesmente reafirma a exterioridade entre causa e efeito, já assegurada pela causa eficiente transmitiva, responsável pela introdução do contingente e do possível, em decorrência da separação entre causa e efeito. O que é possível, senão o fato de ignorarmos a natureza de uma causa e, por conseguinte, não podermos saber se produzirá o efeito? Que o contingente, senão o fato de que, desconhecendo a essência de alguma coisa, não sabermos se poderá existir?" (CHAUÍ, Marilena. **A nervura do real:** imanência e liberdade em Espinosa. São Paulo: companhia das Letras, 1999, p. 83). Em sentido semelhante conferir a obra: HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo.** Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

[603] Alexandre Groppali, op.cit., p. 187.

[604] Vladimir da Rocha França, oportunamente apresenta o pensamento de Locke nos seguintes termos: "No estado civil, os homens estabelecem por meio do consentimento uma sociedade política, em que superam as instabilidades e precariedade do estado da natureza, facilmente convertido em estado de guerra. A sociedade política passa a acumular o poder natural de todos os seus membros, tornando-se o árbitro de todas as controvérsias, baseado em regras imparciais cuja execução está autorizada a intentar: "Aqueles que estão reunidos de modo a formar um único corpo, com um sistema jurídico e judiciário com autoridade para decidir controvérsias entre eles e punir os ofensores, estão em sociedade civil uns com outros; mas aqueles que não têm em comum nenhum direito de recurso, ou seja, sobre a terra, estão ainda no estado da natureza, onde cada um serve a si mesmo de juiz e de executor, o que é, como mostrei antes, o perfeito estado de natureza". Constitui tal fato, para Locke, a origem dos poderes executivo e legislativo, o julgamento por meio de leis estabelecidas para punir os atentados cometidos no seio da sociedade política, determinando, "(...) por meio de julgamentos ocasionais fundamentados nas presentes circunstâncias de fato, a que ponto as injustiças de fora devem ser vingadas, em ambos os casos empregando força de todos os membros sempre que for necessário". O poder no qual é investido o estado civil não é absoluto. Dependerá sempre do consentimento entre os membros da

leyes las apliquen". Conclui o autor: "Con la diferenciación de varios 'poderes' se anuda el ulterior pensamiento orgánico de introducir más amplias divisiones en el seno de los campos así diferenciados de la actividad del Estado para alcanzar un alto grado de controles y frenos (checks and controls)" [605].

Mauro Cappelletti adverte que a preocupação de se deparar com um governo de juízes, combater a "criatividade" da função jurisdicional, ou seja, da produção do direito por obra dos juízes, subsiste desde os primórdios da *Common law*[606].

Nesse sentido, Rui Barbosa já denunciava que toda forma de centralização se mostrou danosa para o regime representativo, tanto é verdade, que obrigam o Parlamento as garantias instituídas nas leis supremas, em virtude do princípio de que um direito garantido contra um poder se deve igualmente reputar garantido contra os outros, como comprovam os casos de direito de resistência[607].

A diferenciação das funções de governo não serve apenas à separação, porque então surgiria uma variedade de atividades estatais isoladas, sem conexão alguma, sem que tenham o fim de produzir equilíbrio. A idéia de equilíbrio domina o pensamento europeu desde o século XVI. Importa saber, então, que já não mais se trata daquela idéia de 'equilíbrio' (independência) apregoada por Montesquieu, aliás, reduzida a mero ornamento retórico no complexo direito dogmático de hoje.

O valor científico de tal tripartição, como se observa, é muito duvidoso e, conseqüentemente, alvo de muitas críticas. A título de ilustração, basta observar que as funções administrativa e jurisdicional têm no fundo a mesma essência, que é a aplicação da lei a casos particulares. A distinção entre ambas pode estar no modo, no acidental, portanto, já que substancialmente não existe. Não é demais lembrar que o próprio Montesquieu abria

---

comunidade social em partilhar as mesmas leis e se submeter ao julgamento e execução dessas normas, em igualdade de condições, consoante a decisão de sua maioria. Por isso lembra Locke: "Por este meio, cada pessoa considerada individualmente, igual às outras, mesmo às mais humildes, ficou sujeita a leis que ela mesma estabelecia, como parte integrante do legislativo; e ninguém, por sua própria autoridade, podia escapar à força da lei estabelecida ou por qualquer pretensão de superioridade solicitar isenção de seus próprios erros ou daqueles de seus dependentes". Locke era adversário do Estado Absolutista. Para o pensador inglês, não podia ser admissível que tanto poder pudesse ser acumulado nas mãos de um só homem, pondo em perigo a vida e os bens dos homens, e nenhuma das teorias construídas para justificar o absolutismo, então predominante, encontravam fundamento em sua teoria (FRANÇA, Vladimir da Rocha. Revista de Informação Legislativa, **Um estudo sobre a relação entre o Estado e a propriedade privada a partir de John Locke**, p. 191-192, Brasília a. 37 n. 148 out./dez. 2000b).

[605] Carl Schmitt, **La defensa de la Constitución...,** p. 187.
[606] CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFe, 1993, p. 13.
[607] Rui Barbosa, op. cit., p. 26.

exceção ao princípio da separação ao admitir a intervenção do chefe de Estado, pelo veto, no processo legislativo[608].

Igualmente irrepreensível é a doutrina de Marcelo Neves ao tratar do tema "divisão de poderes e a diferença entre política e administração"[609]. Segundo o autor, as Constituições modernas institucionalizam a "divisão de poderes", especificamente contra a possibilidade de equiparação entre direito e política. Fato, aliás, que tem inviabilizado a concretização de isonomia real.

É por intermédio do direito que se processa a extensão da comunicação conforme o código do poder sobre a comunicação de acordo com o código jurídico. Assim, a "divisão de poderes" pode ser a própria limitação do poder político por uma esfera jurídica autônoma (perspectiva de Montesquieu). Entretanto, cumpre ainda a função de filtragem entre política e administração, e a função de prolongamento da cadeia do poder, que, do mesmo modo, não podem prescindir do apoio na Constituição.

Em análise terminativa, é através dessa prestação de direito positivo perante o sistema político (*dever ser*), que se obtém a neutralização ou imunização da administração contra interesses concretos e particulares; ela atua, então, conforme preceitos e princípios com "pretensão de generalidade"[610].

4.11.3 Doutrina da possibilidade de aplicação da Ação Civil Pública no controle incidental-difuso de constitucionalidade

A origem do controle difuso é a mesma do controle judicial em geral: o caso *Marbury versus Madison,* julgado pela Suprema Corte americana, em 1803.

Consolidou-se na jurisprudência norte-americana a doutrina do controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário como uma decorrência inevitável da superioridade da Constituição[611] escrita em relação às demais normas. Esse modelo

---

[608] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 134-135.

[609] NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 80.

[610] Nessa orientação sustenta Niklas Luhmann citado por Marcelo Neves: "A separação entre política e administração possibilita a aplicação prática do princípio da igualdade" (Marcelo Neves, ibid, cit., p. 81).

[611] A respeito de hierarquia das normas constitucionais, Vladimir da Rocha França assim preleciona: "Através da Constituição, os padrões axiológicos e teleológicos a serem seguidos na produção e concretização da norma são predeterminados, vinculando toda a atividade estatal à obediência dos fundamentos e diretrizes consagrados constitucionalmente. Destes, a Constituição de 1988 destaca em seus arts. 1º e 3º, os fundamentos e diretrizes

influenciou o Brasil que passou a admitir o controle judicial da constitucionalidade a partir da primeira Constituição Republicana, em 1891.

A partir das idéias de Hans Kelsen, na Europa se desenvolveu um outro arquétipo com vistas a assegurar a supremacia das normas constitucionais. Instituiu-se o controle de constitucionalidade em abstrato, exercido por um órgão externo ao Poder Judiciário, um Tribunal ou uma Corte Constitucional, que passaria a argüir a lei em tese e com efeito *erga omnes.* Essa forma de controle no Brasil foi definitivamente introduzida, durante o regime militar (1965), com a Emenda Constitucional n. 16 à Constituição de 1946, nada obstante a Constituição de 1934 já continha a possibilidade de representação interventiva por iniciativa do Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal.

Como anunciado, a Carta Política de 1988 consagra o sistema misto, combinando o controle por via incidental e difuso (de influência americana)[612], com o controle por via principal e concentrado (inspirado no sistema continental europeu). Isto, porque "a fórmula

---

constitucionais fundamentais, as opções político-ideológicas que devem orientar o ordenamento jurídico-constitucional e infraconstitucional. Contudo, os fundamentos e diretrizes constitucionais fundamentais somente encontram positividade quando sistematizados e ordenados em normas constitucionais, tornando possível sua individualização no caso concreto. As normas constitucionais podem ser princípios ou regras constitucionais. As normas constitucionais se encontram hierarquizadas na Constituição, para que sua aplicação não seja desordenada e incerta. A hierarquia entre as normas constitucionais ocorre da seguinte maneira: a) Em primeiro lugar, os princípios constitucionais fundamentais, expressos ou não no texto constitucional, assim qualificados por compor parte do núcleo de limites materiais ao Poder de Reforma, que incidem sobre todo o ordenamento jurídico, e aos quais se encontram subordinados os demais princípios constitucionais e as regras constitucionais; b) Em segundo lugar, os princípios constitucionais gerais, que são decorrentes e/ou subordinados aos princípios fundamentais, com incidência limitada a um determinado subsistema constitucional; c) Por fim, as regras constitucionais, subordinadas aos anteriores. Como não há hierarquia entre as regras constitucionais, na antinomia entre elas, uma terá que necessariamente excluir a outra. As regras jurídicas são ou não são constitucionais, mesmo que elas estejam formalmente na Constituição. Os princípios constitucionais guardam um hierarquia entre si, ao sobrepor os princípios constitucionais fundamentais aos princípios constitucionais gerais. Entretanto, inexiste uma antinomia entre princípios, mas sim uma concretização proporcional dos princípios nas situações jurídicas individuais. Inexiste um princípio constitucional inconstitucional, pois ao se dar maior relevância a um em aparente detrimento de outro, não se está excluindo este do ordenamento jurídico-constitucional. Temos sim a presença mais forte de um princípio constitucional de grau hierárquico maior, sem invalidar o de grau inferior. Se há um aparente conflito entre princípios de mesma hierarquia, deve-se aplicar o princípio constitucional fundamental da proporcionalidade, que concederá ao caso concreto uma aplicação coerente e segura da norma constitucional, pesando a incidência que cada um deve ter, e, preservando-se assim, o máximo dos direitos e garantias consagrados constitucionalmente. A Constituição pressupõe uma hierarquia entre suas normas, pois do contrário, sua concretização se torna desarrazoada e insegura" (FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Perfil constitucional da função social da propriedade**, capturado de http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=676 , em 09 de dezembro de 2007).

[612] Também a ação civil pública, bem como todo o processo coletivo brasileiro, sofreu, e ainda sofre, forte influência do modelo americano. Exceto alguns pormenores técnicos, como a legitimidade para agir e a coisa julgada, não há diferenças substanciais entre as ações coletivas brasileiras e americanas. O abismo existente entre ambos os sistemas no que se refere à tutela coletiva dos direitos é conseqüência das diferenças existentes entre o direito, o processo civil e o sistema político, social e econômico do Brasil e dos Estados Unidos. As ações coletivas brasileiras são derivadas das *class actions* norte-americanas por via indireta, através da doutrina italiana. Muito embora a *class action* seja a fonte mais importante na interpretação e na aplicação do nosso direito processual coletivo, o tema ainda não recebeu a atenção merecida pela doutrina brasileira.

política de uma Constituição é a expressão ideológica que organiza a convivência política em uma estrutura social.

O controle concentrado é exercido por um único órgão ou por um número limitado de órgãos criados especificamente para esse fim ou tendo nessa atividade sua função principal[613].

Em tempos de preocupação com o acesso à justiça e efetivação de direitos, assume evidente relevância o sistema difuso, em razão, sobretudo, de que essa modalidade de controle permite a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, sua não-aplicação ao caso concreto levado ao conhecimento da corte[614]. Nesse sentido, o controle de constitucionalidade difuso é exercido por todos integrantes do Poder Judiciário. Qualquer juiz ou tribunal pode declarar a inconstitucionalidade da lei no caso em exame.

A eficácia *erga omnes* da sentença proferida na ação civil pública, levou alguns autores a pregarem a inidoneidade deste instrumento como meio de provocar o controle incidental de cosntitucionalidade dos atos do poder público.

Inserido neste rol, Gilmar Mendes posiciona-se contra a aplicação da ação civil pública no controle de constitucionalidade, sob a justificativa de que uma vez admitida a utilização da ação civil pública como instrumento adequado de controle de constitucionalidade, tem-se *ipso jure* a outorga à jurisdição ordinária de primeiro grau de poderes que a Constituição não assegura sequer ao Supremo Tribunal Federal, uma vez que a decisão sobre a constitucionalidade da lei proferida pelo Pretório Excelso no caso concreto tem apenas eficácia entre as partes, competindo a extensão da decisão ao Senado Federal[615].

---

[613] No Brasil existem cinco modalidades de controle em abstrato ou concentrado de constitucionalidade: a) ação direta de inconstitucionalidade; b) ação declaratória de constitucionalidade; c) ação de inconstitucionalidade por omissão; e, d) representação interventiva; e) argüição de descumprimento de preceito fundamental (cf. arts. 102, I, 103, §§ 1º e 2º, 129, IV, CFRB).

[614] Lenio Luiz Streck, argumenta haver uma diferença entre o controle difuso exercido pelo juiz singular e o exercido pelos tribunais. Segundo sustenta, ao contrário dos tribunais, o juiz não declara a inconstitucionalidade de um texto normativo, mas apenas deixa de aplicá-lo (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. rev. e ampli. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 456).

[615] MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade.** São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 355 e seguintes. A Constituição brasileira, em seu art. 52, X, dispõe que compete privativamente ao Senado "suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal". Duas controvérsias surgiram acerca do alcance desse artigo. A primeira consiste na afirmação de que o STF estabeleceu que somente nos processos de controle em concreto da constitucionalidade, em que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei é proferida de forma incidental (com efeito entre as partes), há necessidade de comunicação da decisão do Senado, para que este órgão providencie a suspensão da executoriedade da lei. Transitada em julgado, a decisão no caso concreto produz efeitos *ex tunc* e *inter partes*. Tão logo publicada a resolução do Senado Federal, suspende-se a executoriedade da lei, com a extensão dos efeitos *ex nunc* e *erga omnes.* Contudo, a resolução do Senado não invalida, nem revoga a lei declarada inconstitucional pelo STF, apenas lhe retira a eficácia jurídica, produzindo efeitos em relação a todos a partir daquela data. Em decisões proferidas no controle direto ou em abstrato da constitucionalidade já não há necessidade dessa comunicação, já que a decisão *de per si* já produz efeitos *erga*

Diz o autor que ação civil pública não se confunde pela própria forma e natureza, com os processos cognominados de "processos subjetivos". Destaca, que a ação civil pública se aproxima muito de um típico processo sem partes ou de um processo objetivo, no qual a parte autora atua não na defesa de situações subjetivas, agindo, fundamentalmente, com escopo de garantir a tutela do interesse público. Infere daí, que não foi por outra razão que o legislador, ao disciplinar a eficácia da decisão proferida na ação civil, viu-se compelido a estabelecer que "a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*"[616].

Por silogismo simples, conclui que se utilizada com o propósito de proceder ao controle de constitucionalidade, a decisão que, em ação civil pública afastar a incidência de dada norma por eventual incompatibilidade com a ordem constitucional, acabará por ter eficácia semelhante à das ações diretas de inconstitucionalidade, isto é, eficácia geral e irrestrita.

Nessas condições, propõe o autor, para que se não chegue a um resultado que subverta todo o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, tem-se de admitir a completa inidoneidade da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, seja porque ela acabaria por instaurar um controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais.

O autor chega a cogitar em hipóteses de controle de constitucionalidade em ação civil pública, de suspensão do processo e remessa da questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal via argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Sugere simples alteração da Lei 9.882 de 1999 (lei que dispõe sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental) e da Lei 7.347 de 1988 (Lei da ação civil pública) poderia permitir a mudança proposta, elidindo a possibilidade decisões conflitantes, no âmbito das instâncias ordinárias e no âmbito do Supremo Tribunal Federal, com sérios prejuízos para a coerência do sistema e para a segurança jurídica.

Em análise terminativa, Gilmar Mendes chega a admitir que não se pode negar que a abrangência emprestada - e que se há emprestar à decisão proferida em ação civil pública –

---

omnes. A segunda celeuma diz respeito ao fato de que o Senado Federal não é obrigado a suspender a executoriedade da lei assim que recebe a comunicação da decisão definitiva proferida pela via incidental, em razão de que os Poderes Judiciário e Legislativo são "independentes". A decisão do STF não vincula o Senado, que age com absoluta discricionariedade, podendo optar pela suspensão imediata ao aguardar por outras decisões proferidas num mesmo sentido. Há que se ressaltar que ambas dificuldades já foram solucionadas pela jurisprudência constitucional pátria.

[616] MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação civil pública e controle de constitucionalidade.** In: A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. Coordenado por Édis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 202.

permite que com uma simples decisão de caráter prejudicial se retire qualquer efeito útil da lei, o que acaba por se constituir, indiretamente, numa absorção de funções que a Constituição quis deferir ao Supremo Tribunal Federal[617].

No entanto, o próprio STF, vem mudando seu entendimento para admitir, em certos casos, a ACP como instrumento adequado à provocação do controle de constitucionalidade, desde que a questão constitucional configure simples prejudicial da pretensão deduzida. Recentemente o STF firmou o entendimento de que em sede de direitos individuais homogêneos, é perfeitamente cabível a ação civil pública para provocar o controle incidental de constitucionalidade das leis ou atos normativos. O mesmo não ocorreria em relação aos demais direitos coletivos (difusos e coletivos *strictu sensu)* [618].

Todavia, fazemos nossas as palavras de Dirley da Cunha Júnior: "somos de opinião de que, independentemente de o interesse ou o direito tutelado ser difuso, coletivo ou individual homogêneo, sempre é possível o controle de constitucionalidade em sede de ação civil pública". Dissentimos do autor, somente quando restringe o limite da ACP apenas à composição de um determinado conflito de interesses, de modo a limitar a aferição da constitucionalidade ao caso concreto. Isto porque, o fato de se tratar de ocorrência incidental, nada obsta à conversão momentânea da ACP em autêntico instrumento de controle de constitucionalidade, inclusive dotado de efeitos *erga omnes*, em face de evidente interesse social[619].

Neste sentido, é oportuno lembrar que, consoante informa Louis Favoreu, no sistema estadunidense, a justiça constitucional é confiada ao conjunto do aparelho jurisdicional e não se distingue da justiça ordinária, na medida em que os litígios, de qualquer natureza, são julgados pelos mesmos tribunais e nas mesmas condições.

> A dimensão constitucional pode estar presente em todos os litígios e não necessita de tratamento especial: não há propriamente contencioso constitucional, assim como

[617]Gilmar Ferreira Mendes, ibid, p. 195-205.

[618] Dirley da Cunha Júnior, op. cit., p. 107-109, oportunamente referencia duas decisões da Suprema Corte: 1) a primeira consubstanciada na Reclamação nº 602-6/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 03.09.1997, cujo acórdão fora lavrado com a seguinte ementa: "RECLAMAÇÃO. DECISÃO QUE, EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA, CONDENOU INSTITUIÇÃO BANCÁRIA A COMPLEMENTAR OS RENDIMENTOS DE CADERNETA DE POUPANÇA DE SEU CONRRETISTAS, COM BASE EM ÍNDICE ATÉ ENTÃO VIGENTE, APÓS AFASTAR A APLICAÇÃO DA NORMA QUE O HAVIA REDUZIDO, POR CONSIDERÁ-LA INCOMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO. ALEGADA USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PREVISTA NO ART. 102, I, A, DA CF". 2) Num segundo momento, a Reclamação de nº 554-MG, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 26.11.1997, o Ministro opta por restringir o alcance da ACP, em sede de controle difuso-incidental, apenas aos direitos individuais homogêneos.

[619] Dirley da Cunha Júnior, op. cit., p. 108.

> não existe contencioso administrativo ou judicial, não há, pois, nenhuma razão para distinguir as questões levadas perante o mesmo juiz[620].

Informa Mauro Cappelletti que sendo a Constituição uma lei, e uma lei dotada de supremacia, cabe a todos os juizes interpretá-la, inclusive negando aplicação às normas infraconstitucionais que com ela conflitem. Assim, na modalidade de controle difuso, todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, estaduais ou federais, têm o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais nos casos levados a seu julgamento[621].

Diferente é o sistema francês, onde se exclui o controle de constitucionalidade propriamente "jurisdicional", admitindo, ao invés, apenas um tipo de controle de caráter puramente "político". Isto se deve ao fato de que a experiência em França mostrou que seus juízes muito freqüentemente perpetravam na esfera dos outros poderes, com fortes tendências absolutistas; "mais amiudadamente tinham, antes, o sabor do arbítrio ou do abuso"[622], como assevera Mauro Cappelletti[623].

Segundo Edílson Pereira Nobre Junior, é inconteste que a primazia da interpretação constitucional aqui no Brasil cabe ao Supremo Tribunal Federal (STF), mas não o monopólio da aplicação da Constituição. Tampouco, pode a interpretação fixada, como única admissível, pelo Tribunal Constitucional, contrariar o sentido da norma, inclusive decorrente de sua gênese legislativa inequívoca, porque "não pode Corte dessa natureza atuar como legislador positivo, ou seja, o que cria norma nova"[624].

Noutras palavras, embora seja o STF o guardião da Constituição, somente será considerada válida a sua interpretação/aplicação, quando dentro de limites éticos e políticos

---

[620] FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais.** Introdução de Cláudia Toledo e Luiz Moreira. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004, p. 17.

[621] CAPPELETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** 2. ed. Reimpressão. Porto Alegre: SAFe, 1999, pp. 76-77.

[622] João Maurício Adeodato, trazendo à lume o contexto hodierno, destaca: "Deve-se relembrar que os procedimentos marginais de solução de conflitos não vão necessariamente de encontro à lei. O mundo da periferia do capitalismo ocidental mostra uma pluralidade de pirâmides, na imagem positivista, pluralidade de ordenamentos jurídicos diante da ineficiência do Estado em sua pretensão de monopólio na produção de normas coercitivas. Em suma, as diversas ordens jurídicas da sociedade contemporânea, hoje tornada global em alguns de seus aspectos, exibem as mais diferentes formas retóricas e procedimentais para obter um controle de algum modo eficaz sobre os conflitos. Suas estratégias de legitimação jurídico-política, sobretudo nos países periféricos, parecem bem mais multifacetadas do que os procedimentos de argumentação forense ou parlamentar nos países desenvolvidos podem sugerir" (ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 77). Tomando de empréstimo a preleção de Fabiano Mendonça, não se toma a lei aqui como um produto do debate político, mas como o ponto de partida, como a opinião que se acrescenta à realidade, ao fato, e a partir da qual se concretiza a vontade política do Estado (MENDONÇA, Fabiano. **Limites da Responsabilidade do Estado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 77, 2003).

[623] Mauro Cappeletti, ibid, pp. 94-95.

[624] NOBRE JUNIOR, Edílson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília – ano 43 – n° 170, abril/junho – 2006, p. 112 (Separata / Senado Federal / Secretaria de Editoração e Publicações / Subsecretaria Especial de Edições Técnicas).

que ainda servem de norte para o constituinte fundador, os quais ratificam aqueles requisitos indispensáveis à manutenção da sociedade: a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, a promoção do bem de todos sem qualquer espécie de discriminação etc. (arts. 1º e 2º, CF/88). Assim, de acordo com a Emenda Constitucional n° 03/1993, o Chefe do Executivo, até que o Judiciário se pronuncie de maneira inconfundível e em definitivo acerca da (in)constitucionalidade da lei, ainda poderá se recusar a executá-la, informa Edílson Pereira Nobre Junior.

Contudo, quando o assunto é controle de constitucionalidade incidental, Edilson Pereira Nobre Junior parece seguir o entendimento de Gilmar Mendes, chegando a afirmar – no tocante a aplicação da ADPF - que "malgrado entendimento adverso, há de ser inferida pela não admissibilidade de outro meio processual eficaz para a impugnação do ato violador do preceito fundamental, o qual, indistintamente, poderá ser de índole subjetiva ou objetiva"[625].

Rodolfo de Camargo Mancuso, com precisão destaca que na realidade os chamados interesses difusos assemelham-se, em certa medida, às conhecidas "liberdades públicas", tendo em vista que, as duas classes possuem em sua essência, o gênero humano e a importância da personalidade humana, sobretudo, no que se refere ao seu contexto de inalienabilidade e imprescritibilidade[626].

Entretanto, essa paridade não se demonstra absoluta, em decorrência do fato de que, atualmente, já se acolhe que uma "liberdade pública", do modo como se apresenta, necessita ser amparada por um direito (subjetivo público[627]) que venha a torná-la diligente e exigível, evidenciando, assim, uma real "credibilidade" do indivíduo frente à coletividade e ao Estado.

Algumas barreiras de ordem política - além de certos óbices (superáveis) de caráter técnico-jurídico - são enfrentadas no que tange ao acesso dos interesses difusos à justiça. O princípio da ubiqüidade (ou da indeclinabilidade) da justiça é a resposta a tais objeções, o qual não permite sejam subtraídas da apreciação jurisdicional as controvérsias não dirimidas de maneira satisfatória entre os contraditores.

---

[625]NOBRE JUNIOR, Edílson Pereira. **Direitos fundamentais e argüição de descumprimento de preceito fundamental**. Porto Alegre: SAFe, 2004, p. 121.

[626] Rodolfo de Camargo Mancuso, **Interesses difusos...**, p. 295-296. Sobre as liberdades públicas, instituto de direito constitucional e suas distinções com os direitos da personalidade, instituto de direito civil, ver: BITTAR, Carlos Alberto, **Curso de direito civil**, v.1, São Paulo: Forense Universitária, 1994, p. 216-222.

[627] O direito objetivo é aquele que não pertence a ninguém socialmente, é um dado cultural composto de normas e instituições. Já o direito subjetivo faz dos sujeitos titulares de poderes e obrigações, podendo ser considerado também a garantia do que foi conferido pelo direito objetivo. Ainda no contexto do público e do privado vale salientar dois conceitos importantes, o de capacidade e competência para diferenciar o "agir" no âmbito publico e no privado. A capacidade expressa uma aptidão; o sujeito de direitos e deveres. Já a competência sana o poder jurídico doado ao órgão da pessoa jurídica, o sujeito da forma as relações jurídicas de terceiros.

Nessa esteira os interesses difusos não são uma exceção, considerando-se que, em não sendo tutelados por outros meios, podem e devem ser submetidos ao Judiciário. Dessa forma, não se pode sustentar a idéia de que haveria uma suplência da atividade jurisdicional nessa área o que, consequentemente, não provoca uma suposta "usurpação" de atribuições dos outros Poderes. É forçoso que cada um deles cumpra suficientemente os seus respectivos misteres, considerando a harmonia e a independência existente entre eles (art. 2º, CF/88).

Completa o autor que o conceito de interesse processual em sua vertente clássica, deve ser interpretado de maneira cautelosa no que tange aos interesses difusos. Assim, entende presente o interesse processual quando o recurso ao Judiciário se mostre adequado e eficaz à tutela pretendida, até mesmo no que se refere à urgência do provimento cabível.

Todavia, conclui o autor, a situação que demonstra que tais interesses poderiam ou deveriam ser tutelados em outra sede, não impede o juízo positivo de admissibilidade da ação coletiva e de seu julgamento pelo mérito, tendo-se em vista que - sobretudo no que se refere à urgência no atendimento à situação temida ou lamentada -, não raramente a via jurisdicional apresenta-se como sendo a mais diligente[628].

Por fim, como afirmado alhures, o autor conclui que na esfera da ação civil pública o controle de constitucionalidade pode ser realizado não em forma de pedido, mas tão-somente de maneira incidental, ou ainda como causa de pedir. A justificativa apresentada reside no fato de que, ou os legitimados ativos para ADIn, ADC e ADPF são distintos daqueles aos quais se oferece a ação civil pública, ou ainda porque, o juiz de primeira instância seria capaz de resolver, se se considerasse admissível essa fungibilidade, sobretudo, a disputa constitucional em uma decisão que não teria eficácia apenas entre as partes, mas com efeitos estendidos a todos que se encontrassem subsumidos na mesma descrição, de acordo com o artigo 16 da Lei 7.347/85, o que violaria a cláusula de reserva de plenário prevista na Constituição Federal, artigo 97 e no artigo 480 do CPC.

Lenio Luiz Streck ressalta que as partes na ação civil pública atuam não na defesa de interesse jurídico em especial, mas, sobretudo, na proteção do interesse público, com o que qualquer ambição de limitar a eficácia das decisões proferidas nesses processo apenas às partes formais do processo culminaria com sua completa nulificação.

Realça a importância do contributo para a sustentação da tese da admissibilidade da utilização do controle difuso em sede de ação civil pública, infirmando que uma lei perde sua eficácia, ou seja, não poderá jamais ser aplicada novamente, quando declarada

[628] Rodolfo de Camargo Mancuso, ibid, p. 295-296.

inconstitucional em sede de controle concentrado. Por outro lado, no que tange ao controle difuso, há a possibilidade da lei ser aplicada para os não envolvidos na demanda, perdendo somente sua eficácia para as partes envolvidas. Dessa forma, em sede de controle difuso, no bojo de uma ação civil pública, uma vez declarada inconstitucional, nada obsta que a lei, no seguinte, torne a ser novamente aplicada.

Informa o autor, que isso se dá em decorrência do emprego dos conceitos de vigência e eficácia da lei, tomando-se como ponto de partida suas conseqüências advindas das particularidades provindas do controle concentrado de constitucionalidade - que no sistema jurídico tem a função de nulificar a lei produzindo efeito *erga omnes* -, e do controle incidental difuso de constitucionalidade - que possui a função de retirar a eficácia da lei para o caso concreto específico.

Nesse sentido, a regra é de que, as implicações da declaração incidental ficam suspensas quando o STF remete a decisão de inconstitucionalidade em sede de controle difuso ao Senado para que decida acerca da possibilidade de revogação da lei impugnada. Assim, o ato normativo não perde a sua eficácia.

Muito embora os efeitos de uma decisão que declara a inconstitucionalidade de um ato normativo possuam uma influência que supere uma simples relação entre as partes, especificamente no caso da ação civil pública, não se pode entender que a mesma se eleve a sucedâneo do controle concentrado de constitucionalidade, conclui o autor[629].

Ada Pellegrini Grinover, entre os primeiros autores a defender a elaboração de um Código Brasileiro de Processos Coletivos, com o escopo de aperfeiçoar o sistema, sem desfigurá-lo, numa de suas versões desse projeto, a autora chegou a dar destaque especial para o cabimento da ação civil pública como instrumento do controle difuso de constitucionalidade[630].

Por fim, fechamos o esta análise com o parece de José Afonso da Silva, quem igualmente esclarece que as normas programáticas condicionam a atividade discricionária da Administração, bem como a atividade jurisdicional. “Essas atividades não podem desenvolver-se contra os fins e objetivos postos pelas normas constitucionais programáticas.

---

[629] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica** – Uma nova Crítica do Direito. 2. ed. Rev. e ampli. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 486-495.

[630] GRINOVER, Ada Pellegrini. **Rumo a um código brasileiro de processo coletivo.** In: A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. Coordenador: Édis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 13.

Se isso ocorrer, manifesta-se um comportamento inconstitucional e o ato que daí deflui fica sujeito ao controle de constitucionalidade"[631].

4.12 Natureza jurídica da sentença na Ação Civil Pública

Precipuamente, ao se realizar a leitura conjugada dos artigos 11 e 13 da LACP (Lei nº. 7.347/85) se infere que o caráter da sentença na ação civil pública é cominatório, tendo em vista que o objeto da ação civil pública não é direcionado ao alcance de uma condenação pecuniária, e sim à tutela especifica de um interesse metaindividual.

Todavia, ao redor dessa característica fundamental existem diversas outras formas possíveis, as quais possuem a possibilidade de conferir a essa sentença, feição peculiar, podendo as suas implicações serem antecipadas temporariamente, de modo a atender circunstância de urgência, em caso de concessão cautelar ou ainda se incidirem as proposições dos artigos 273, 461, 461-A e 475-I do Código de Processo Civil. No entanto, se o seu controle determinante ou temporário não for de imediato acolhido pelo(s) réu(s), cominará na chamada *astreinte*[632], que têm caráter pecuniário, possuindo como alicerce o inadimplemento ou a demora no acolhimento da liminar como da sentença (arts. 12, § 2 º; 13).

O artigo 3º da LACP, sustentando que a ação civil pública "poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer", precisa ser interpretado conforme a aptidão adequada desse tipo de ação, qual seja, a de conseguir a prestação especifica do objeto, qual seja, a de preservar um interesse metaindividual. Dessa forma, em ocorrendo condenação em pecúnia, esta será destinada a um Fundo especificado pelo artigo 13 da Lei nº. 7.347/85. De outro modo, na matéria afeta às ações cominatórias, prescreve o § 1º do artigo 461 do Código de Processo Civil que: "A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela especifica ou a obtenção do resultado prático equivalente".

Neste sentido, guiam-se pela Lei 7.347/85 as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais ocasionados aos interesses metaindividuais, tendo o Superior Tribunal de Justiça através da Súmula 37, estabelecido que "são cumuláveis as indenizáveis por dano

---

[631] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 6. ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 175.

[632] Do latim *astringere*, constranger, ou mesmo apertar.

material e dano moral oriundos do mesmo fato", o que gera nas ações civis públicas, a possibilidade de implicar num resultado pecuniário.

É preciso neste passo, considerar as mudanças advindas da Lei 11.232/2005, a qual trouxe para o conceito de sentença previsto no Código de Processo Civil, com adequada influência na ação civil pública, previsto no artigo 19 da Lei 7.347/85 as seguintes modificações: 1) não continua a existir a qualidade de ter o juiz prolatado e publicado a sentença de mérito como requisito para se perfilhar que foi desempenhado e concluído o mister jurisdicional; 2) modificou-se o conceito de sentença, para "o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos artigos 267 e 269 desta Lei".

Nesse contexto conglobante da Reforma, verifica-se que a afirmativa que considera a sentença como algo que atribua fim à demanda, está desviada, considerando a circunstância de que, o que provocará o seu encerramento é justamente, a transição ou o exaurimento dos recursos em face dela.

A circunstância de que, a capacidade da ação declaratória para a tutela de interesses metaindividuais ser diminuta, não afasta por completo tal característica, considerando que poderão advir situações nas quais a manifestação tão somente declaratória seja suficiente.

4.13 Disciplina dos limites subjetivos da coisa julgada

Sabe-se que a coisa julgada no processo tradicional surte efeitos apenas entre as partes. Um fenômeno relativamente novo que ainda causa surpresa a muitos juristas é o fato de a coisa julgada, oriunda da ação civil pública na tutela dos direitos fundamentais, surtir beneficio coletivo, de modo que a todos, vinculados pela situação fática comum (difusos e eventualmente coletivos) ou ligados pela mesma relação jurídica base (coletivos *strictu sensu*), alcança.

Deste modo, em sede de ação coletiva, até como decorrência natural da repartição da cognição que a caracteriza, a sentença será, fundamentalmente, genérica. Tal ato fará juízo apenas sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos afirmados na exordial. Genérica é a sentença que faz ponderação apenas parcial dos elementos da relação jurídica posta em questão, e não sobre todos eles, razão pela qual, em princípio, é sentença sem força executiva própria.

É impossível negar a transcendência da coisa julgada coletiva, exceto em se tratando de situações possíveis em trato de interesses individuais homogêneos. Nesse caso, antes de estender o benefício, faz-se necessário um juízo de relevância e adequação, quando os órgãos públicos (Representante do Ministério Público e da Magistratura) avaliarão os argumentos apresentados pelo advogado daquele que reclama idêntica prestação com fundamento na sentença transitada em julgado. Em se verificando situação idêntica, não haverá razão para que os efeitos da coisa julgada em exame não alcancem demais pretendentes. Não é difícil perceber que o alcance do julgado interfere no direito material da coletividade.

Rogério Cruz e Tucci com precisão afirma que desde a sociedade romana do alto império (mais desenvolvida), já era evidente e sem dúvida plausível que, diante da realidade da vida, as reações jurídicas não se apresentassem isoladas, mas, sem, conexas e interdependentes[633].

Questão interessante seria a transcendência *in pejus.* Com exatidão Hamilton Alonso Jr. destaca que em relação aos indivíduos titulares de interesses que coincidam com o interesse difuso ou coletivo defendido na ação civil pública[634], mais adequado seria dizer que a sentença faz coisa julgada *pro omnes*, considerando que somente poderá beneficiar os interesses individuais, nunca prejudica-los[635].

Com o artigo 103 do CDC os efeitos da coisa julgada foram ampliados. Antes, o artigo 16 da LACP restringia seus efeitos às ações civis públicas julgadas improcedentes por falta de provas. Assim, se procedente o pedido coletivo, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, faltando-lhes apenas, para fixação da responsabilidade, o *quantum debeatur.* Trata-se da extensão *in utilibus* do julgado coletivo[636].

---

[633] José Rogério Cruz e Tucci, **Limites subjetivos da eficácia...**, p. 47.

[634] Hamilton Alonso Junior, op. cit., p. 250.

[635] Nelson Nery Junior destaca que sistema permite expressamente a revisão criminal a qualquer tempo (art. 622, CPP) (a sentença penal condenatória transitada em julgado é passível sempre de rescisão pela revisão criminal), bem como o hábeas corpos contra a coisa julgada, porque com essas ações se objetiva a discussão sobre a dignidade da pessoa humana (pessoa e seu *status* político – liberdade), em oposição à intangibilidade da coisa julgada. Ao revés, se a coisa julgada penal tiver sido produzida em favor da liberdade do réu, deve prevalecer, ainda que a sentença tenha sido proferida inconstitucional ou ilegalmente. Assim, como ocorre no caso de ação rescisória e no dos embargos do devedor do art. 741 do CPC, a possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade contra a coisa julgada só existe se prevista expressa e previamente em lei. *Princípio constitucional da proporcionalidade e coisa julgada. Revisão criminal. Exigência de previsão legal expressa e prévia* (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** (Coleção estudos de direito de processo Enrico Túlio Liebman; v. 21) 8. ed. rev. e atual. com as novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 52-53).

[636] O disciplinamento da coisa julgada no processo coletivo é de extensão do provimento em caráter beneficio para os individualmente lesados. Alcançam em algum beneficio com o julgado ou, quando menos, por ele não são prejudicados (exceção feita àquelas hipóteses citadas nos interesses individuais homogêneos). Terão de que passar pela fase de liquidação e execução, mas inegável a vantagem nos interesses difusos e coletivos. Para os direitos coletivos, o comando da decisão será benéfico, se procedente a demanda, e não prejudicará se improcedente por insuficiência probatória (coisa julgada normal) havendo risco a eventuais direitos difusos e

Atualmente é possível verificar provimentos condenatórios, declaratórios, constitutivos, mandamentais, executivos, antecipatórios, assecuratórios, inibitórios, cautelares, dentre outros, nas ações civis publicas; possibilitando toda e qualquer espécie de provimento judicial em demandas coletivas, incluindo várias áreas do campo democrático, das liberdades e igualdades crescentes.

Como se observa, a ação civil publica, semelhantemente à ação popular, serve para controlar o poder estatal para impedir desmandos com a coisa pública.

Isso se deve ao fato do artigo 117 ter estabelecido um intercâmbio entre o CDC e a LACP, criando um sistema processual coletivo até então inexistente e viabilizando a tutela dos interesses difusos e coletivos (aqui incluídos os interesses individuais homogêneos).

O alargamento do objeto da ação civil pública ganha notoriedade, sobretudo na seara dos direitos sociais. Seu emprego tem se mostrado bastante eficiente, quando, por exemplo, exista desvio de verbas da saúde, desrespeito aos direitos difusos ou coletivos dos trabalhadores, da criança ou adolescente, investimentos públicos frontalmente contrários aos interesses do povo, dentre outros, inclusive, a concretização do direito individual à saúde, porque, dada às suas especificidades, sempre dotado de relevância social.

Como visto, a própria existência do processo coletivo serve de indicativo suficiente de que o sistema não tolera mais decisões contrárias à opinião pública sob o manto da impossibilidade de sindicar jurisdicionalmente o ato administrativo proveniente da discricionariedade administrativa que nega valores eleitos. O princípio constitucional da eficiência comunga dos propósitos do princípio da razoabilidade, na medida em que este contribui para a escolha da solução mais adequada a satisfazer plenamente a demanda social[637].

Diante desses acontecimentos não existirá negação que não seja ilícita a um direito subjetivo público do cidadão que não seja ilícita, em decorrência da obrigação do Estado de prover suas necessidades.

---

coletivos no caso de improcedência pelo mérito, quando decidido que a pretensão era infundada, pois haverá coisa julgada material nesta hipótese (José Rogério Cruz e Tucci, **Limites subjetivos da eficácia...**, p. 314 e seguintes).

[637] O princípio da eficiência está relacionado aos fins do Estado e com os princípios constitucionais garantidores da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF/88), da igualdade (artigo 5º, *caput*), bem como com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, arrolados no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, a qual arremata com o artigo 170 (*caput*) da Carta Fundamental, segundo o qual a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado como princípio fundamental a "defesa do consumidor" (inc. V) (Fábio Bezerra dos Santos e Marina Josino da Silva Souza, op. cit., p. 399).

O sistema jurídico pátrio viabiliza, pois, o controle difuso de constitucionalidade por meio da ação civil pública. Abre-se, portanto, novo debate acerca da constitucionalidade de políticas públicas por meio da ação civil pública em razão de que não é possível não avaliar índices como, por exemplo, o IDH (Índice de Desenvolvimento Humano). Ou mesmo, o IES (Índice de Exclusão Social), um novo parâmetro elaborado por pesquisadores da Universidade de São Paulo, da Pontifícia Universidade Católica e Universidade de Campinas, publicado sob o título de "Atlas da exclusão Social no Brasil". De qualquer modo, tais dados devem ser considerados nas ações civis públicas como importantes elementos de convicção, impelindo o juiz a não ignorar a realidade social pujante.

José Rogério Cruz e Tucci apresenta uma brilhante exposição a partir da análise do artigo 103 do CDC, colacionado três categorias no que se referem às regras concernentes aos limites subjetivos da coisa julgada[638].

Referindo aos direitos difusos, de acordo com o autor, a coisa julgada terá extensão *erga omnes*, salvo se o pedido for julgado improcedente com fundamento na insuficiência da prova. Neste caso qualquer outro legitimado, valendo-se de novo conjunto probatório, poderá ajuizar nova ação, com idêntica causa de pedir.

Em se reportando aos direitos coletivos em sentido estrito, a coisa julgada estende seus efeitos para além das partes ativas (limita-se, portanto, ao grupo, categoria ou classe, cujos membros são unidos por uma mesma relação jurídica base), ressalvando, também, a improcedência do pedido em face de insuficiência de prova.

Como salientado alhures, em sede de direitos individuais homogêneos, a coisa julgada terá alcance *erga omnes*¸ desde que o pedido seja julgado procedente, em benefício de todas as vítimas e seus sucessores.

Assim estabelece o artigo 16 da LACP, modificada pela Lei 9.494/97, na ação civil pública:

> A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

É imperioso registrar dois aspectos nesse quadro singularizado. O primeiro diz respeito ao fato de que, nestas circunstâncias, o artigo 427 do CPC em resposta às

[638] TUCCI, José Rogério Cruz e. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 314 e seguintes.

reivindicações das ações de teor coletivo, apresenta-se suficientemente hábil; em segundo lugar, temos que, em razão da coisa julgada se configurar *secundum eventum probationis,* a não aceitação do pedido, de modo algum, ocasionará algum transtorno aos direitos individuais dos sujeitos participantes do grupo ou categoria interessada.

Botelho de Mesquita, referenciado por Rogério Cruz e Tucci[639] abre sua pesquisa sobre o assunto se referindo à redação do artigo 103, inc. I, do Código de Defesa do Consumidor, observando que a expressão *erga omnes* que vem prevista naquele dispositivo, ao contrário do que se imagina, tem uma abrangência extremamente restrita, entendendo assim que, os outros legitimados concorrentes, considerados no artigo 82, é que são os chamados "terceiros".

Botelho de Mesquita adverte ainda nesse sentido que "os terceiros que poderiam ser beneficiados ou prejudicados pela conclusão da sentença dada entre as partes são apenas os demais legitimados. Outras pessoas, como, por exemplo, quaisquer dos membros da coletividade titular do direito em causa, nunca poderiam pretender discutir ou modificar a sentença dada entre as partes, porque não têm legitimidade para tanto"[640].

Faz-se necessário observar dois aspectos nesse sentido. O primeiro é que, em havendo procedência, a lei é categoricamente indolente, estabelecendo que a coisa julgada causa efeitos *ultra partes*; em segundo lugar, verifica-se que, se o pedido for considerado improcedente por outros motivos que não seja a insuficiência de provas, o alcance da coisa julgada aos terceiros, importa restrição que não ocorreria no sistema da legislação codificada.

Dessa forma, conforme a inteligência do CPC, se em alguma das ações concorrentes for repelido o pedido, a sentença somente entre as partes se converteria em algo inalterável e irrefutável, e não com relação a terceiros, os quais manteriam intactas as relativas ações[641].

Já no que tange às ações referentes aos direitos coletivos do artigo 103, inc. II, do CDC, ressalvada a improcedência do pedido por insuficiência de prova, a sentença perpetra coisa julgada *ultra partes*, ou seja, cingir-se-á à categoria ou classe. Assim, nesta hipótese, qualquer legitimado terá a faculdade de ingressar com outra ação que tenha igual embasamento.

Nessa mesma esteira de entendimento, afiança Botelho de Mesquita[642] que "além das demais entidades concorrentemente legitimadas, não há ninguém que tenha legitimação para

---

[639]Botelho de Mesquita, José Ignacio. A coisa julgada no código de defesa do consumidor. Coisa julgada, nº. 4.2, p. 35-36; Rio de Janeiro: Forense, 2004; **Revista Forense**, v. 326, 1994, n. 13, p. 82.
[640]José Ignácio Botelho de Mesquita, ibid, p. 82.
[641] José Ignácio Botelho de Mesquita, ibid, p. 82.
[642] José Ignácio Botelho de Mesquita, ibid, p. 83.

discutir ou pretender modificar a conclusão da sentença dada entre as partes numa ação fundada em interesse de outro direito coletivo". Da mesma forma, o CDC mostra-se mais limitativo em comparação com o habitual sistema do CPC no que concerne à improcedência do pedido que não esteja edificada em ausência de elementos probatórios.

A observação, de que a coisa julgada não prejudicará os direitos individuais dos indivíduos da coletividade (§ 1º do artigo 103), irrompe inteiramente dispensável, em virtude de que, a terminação de qualquer sentença, somente em relação ao pedido virará imutável e indiscutível, este caracterizado pelo objeto e pela causa de pedir.

Segundo a regra do artigo 103, inc. III, do Código de Defesa do Consumidor, no que se refere às ações coletivas que tenham por base direitos individuais homogêneos, a sentença fará coisa julgada com implicações *erga omnes*, somente quando se cuidar de hipótese de procedência do pedido, a qual favorecerá a totalidade dos lesados, bem como seus sucessores.

No mesmo sentido a propósito, Botelho de Mesquita adverte que a regra do § 2º do artigo 103, mostra-se dispensável, considerando que, se improcedente o pedido, o réu não está compelido a indenizar. "Esta conclusão, por força do trânsito da sentença em julgado, tornar-se-á imutável e indiscutível perante as partes, mas não prejudicará terceiros. Logo, prejudicará as ações 'individuais' dos que foram partes no processo, mas não prejudicará as dos que dele não participaram. Tudo isto, porém, conforme já decorreria da aplicação do sistema do Código de Processo Civil"[643].

Assim, verifica-se que, a partir dessa apreciação técnica, colacionada com as normas que regram os contornos subjetivos da coisa julgada nos processos de feição individual, completando Botelho de Mesquita que a legislação consumerista "disse muito e criou muito pouco: o pouco que criou restringiu o sistema vigente em prejuízo dos titulares de direitos difusos ou coletivos"[644].

4.14 Eficácia da sentença e extensão da coisa julgada em sede de direitos individuais homogêneos

Conforme estabelece o artigo 103, incs. I e II, o sistema da coisa julgada, cuidando-se de hipótese de direitos difusos e coletivos, é o da eficácia *erga omnes*, considerando que para

[643] José Ignácio Botelho de Mesquita, ibid, p. 83.
[644] José Ignácio Botelho de Mesquita, ibid, p. 84.

todos os interessados, o julgamento carece ser semelhante, em virtude do indivisível caráter daqueles.

Por outro lado, diverso é o procedimento aposto aos direitos individuais homogêneos, estes, essencialmente divisíveis. O artigo 103 do CDC dispõe que: "Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada: (...) III – *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do artigo 81 [direitos individuais homogêneos]... § 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual".

A partir dessas considerações podem-se inferir as seguintes proposições: a) sentença de procedência do pedido - eficácia da decisão e alcance da coisa julgada à totalidade dos titulares de direitos homogêneos; b) sentença de improcedência do pedido: b.1) restrição da coisa julgada somente entre as partes, impedindo a propositura, por qualquer outro legitimado, de novas ações coletivas; e b.2) todos os indivíduos da classe, sujeitos de direitos subjetivos divisíveis, não serão alcançados pelo julgamento contrário e, em virtude disso, têm a possibilidade de interpor, na qualidade de terceiros, ações individuais.

Existe a possibilidade oferecida pelo artigo 103, § 3º, da liquidação e execução pelas vítimas, isso como conseqüência da sentença de procedência do pedido feito na ação coletiva.

É de se registrar, porém, que de acordo com os artigos 97 a 100 do Código de Defesa do Consumidor, abriu-se a possibilidade da aplicação da coisa julgada favorável constituída no processo da ACP, com tal providência, sem a obrigatoriedade de nova sentença condenatória, permitiu-se aos terceiros beneficiados, bem como aos seus sucessores, a liquidação e à execução da sentença.

Entretanto, em relação ao objeto do processo, tal procedimento não provocará aumento, para abarcar o julgado no que tange à obrigação de indenizar. Isso porque cuida-se de resultado subsidiário da sentença previsto pela lei, a qual permite aos concernentes titulares do direito material, a liquidação e a execução individual.

Da mesma forma, o artigo 103, § 4º, do CDC, como forma de conferir um alargamento do conceito de ofendido pelo crime, aproveita no que se refere aos direitos difusos e coletivos o preceito do artigo 63 do CPP.

Em se tratando de crimes contra interesses metaindividuais previstos na legislação consumerista ou ambiental, uma vez transitada em julgado a sentença penal condenatória, para a reparação dos danos causados, permite-se a liquidação e subseqüente execução coletiva ou individual contra a pessoa do condenado.

4.15 Limites subjetivos e territoriais da coisa julgada

A MP 1.570-4, de 22 de julho de 1997, buscou refrear a intimidação que a tutela coletiva significa para o Estado, dessa forma, restringiu-se a todos os interessados, porém nos balizamentos da competência territorial do órgão jurisdicional que prolatou a decisão, a eficácia *erga omnes* prevista no artigo 16 da LACP.

Não obstante os entendimentos contrários feitos por juristas nacionais em face de tal orientação, a mesma foi prevista na Lei nº. 9.494/97, a qual produziu nova redação ao artigo 16, senão vejamos: "A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova".

José Marcelo Vigliar, oportunamente registrou que tal regra legal concebe um anacronismo, tendo em vista que, ofende o princípio da isonomia processual e afeta o efetivo acesso à justiça, considerando que sua feição é eminentemente ideológica[645].

Outrossim, o Executivo em 11 de setembro de 1999, editou a MP 1798-1, a qual inseriu na mencionada Lei 9.494/97 o artigo 2º-A. Por esse novo preceito: "A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão".

Verifica-se que essa regra, considerando que, na esfera dos direitos difusos os respectivos titulares são indeterminados e indetermináveis, e ainda conectados por situações de fato, não tendo, portanto, como se precisar o local de seus domicílios, incidirá tão somente em casos de direitos coletivos e individuais homogêneos.

Por fim, cumpre destacar a ausência de aptidão do Executivo, que, sob a feição enfocada, não fala com relação à eficácia da sentença e sim, com a amplitude do pedido. Ademais, o âmbito de competência territorial do órgão prolator, é o que vem acentuado pelo

---

[645] VIGLIAR, José Marcelo. **Tutela jurisdicional coletiva, nº. 2.6.12, p. 182; A lei nº. 9.494, de 10 de setembro de 1997, e a nova disciplina da coisa julgada nas ações coletivas**: inconstitucionalidade. Atlas, 6, 1998, p. 4-5.

artigo 93, inciso II, do CDC, e de acordo com a lei, possui o órgão prolator, competência nacional ou regional.

4.16 Tutelas urgentes, efeitos dos recursos e suspensão de liminar de sentença em sede de Ação Civil Pública

4.16.1 Tutela da parte vulnerável como decorrência da ampliação dos poderes e da responsabilidade dos magistrados

No que se refere à tutela da parte vulnerável, é de se destacar o crescente desempenho do magistrado, o qual, de acordo com os artigos 83 e 84, §§ 4º e 5º do Código de Defesa do Consumidor, tem os seus poderes expandidos. Todavia, cresce também, a responsabilização judicial pelas providências tomadas, ainda que sejam de ofício, o que conseqüentemente, enfraquece o princípio dispositivo e o da adstrição da decisão ao pedido.

Segundo Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, destaca-se nesse sentido, a importância da função dos magistrados no que se refere à prática de tais dispositivos, e para que proporcionem a chamada tutela adequada e efetiva, sobretudo, em virtude do alargamento dos poderes a eles concedidos[646].

Para Kazuo Watanabe, o artigo 84 ao complementar o artigo 83, atribui mais poderes ao magistrado - e da mesma forma, também às partes, tendo em vista que é por meio do pedido que os poderes do juiz são manifestados – no sentido de atribuir ao processo, mormente ao seu provimento, uma maior plasticidade e mais perfeita adequação e aderência no que tange às características do caso concreto[647].

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, as citadas normas excepcionam e relativizam o princípio da adstrição da sentença ao pedido, abrindo a possibilidade para o magistrado de cominar multa de ofício, a conferir a tutela específica da obrigação ou ainda, a decorrência prática análoga ao do adimplemento[648]. Depreende-se disso, que o juiz está autorizado a dar

---

[646] YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Eficácia das tutelas urgentes nas ações coletivas. Efeitos dos recursos. Suspensão da liminar e de sentença. In: MAZZEI, Rodrigo & NOLASCO, Rita Dias (coordenadores). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 367.
[647] Kazuo Watanabe citado por Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, ibid., p. 367.
[648] Luiz Guilherme Marinoni citado por Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, ibid, p. 368.

contorno diferente daquele que foi requerido, ainda, a - sob pena de coerção indireta, a chamada tutela mandamental -, a ordenar, ou a decidir por uma medida necessária, medida de execução por sub-rogação ou ainda de coerção direta – tutela executiva *lato sensu* ou preventiva-. Sendo imperioso, portanto, que tais poderes sejam embasados nos princípios da efetividade e da necessidade.

Observando Kazuo Watanabe[649] ainda, que tal alargamento de poderes e essa maior plasticidade do processo e do provimento trazem consigo a necessidade de uma maior preparação da parte dos juízes através da reciclagem contínua não só de seus conhecimentos jurídicos, mas também de diferentes âmbitos da realidade como forma de se manifestarem de acordo com a ordem na qual se encontram adstritos.

4.16.2 Prevalência da tutela preventiva em relação às tutelas reparatória e repressiva

Segundo Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida[650], em virtude da gama de incertezas própria do campo das constantes inovações científicas e tecnológicas, há, com base principalmente no princípio da precaução, a precedência integral da chamada tutela preventiva. No entanto, considerando a dificuldade ou ainda a impossibilidade de se demonstrar o nexo de causalidade, o principal obstáculo é a concessão da tutela preventiva e das demais tutelas, quais sejam, restitutória, reparatória, ressarcitória e repressiva.

A autora observa ainda que é imperioso se repensar e reformular a chamada teoria da responsabilidade civil objetiva nos moldes clássicos, na qual não se faz necessária a prova da culpa e sim, a demonstração do nexo de causalidade com o dano ou com a ameaça do dano.

4.16.3 Da tutela de danos para a tutela de riscos

Dessa forma, para que a exigência de tutela adequada e efetiva dos direitos fundamentais individuais e metaindividuais, não se torne algo irrealizável, é necessário que

[649] Kazuo Watanabe citado por Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, ibid., p. 369.
[650] Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, ibid, p. 370.

ocorra uma transformação, na qual se priorize a chamada tutela preventiva em face de riscos ao invés da tutela de danos.

Segundo sustenta Pedro Miranda de Oliveira[651], quando o direito sai do âmbito da reparação do dano passando a regular o risco, o ponto de vista do risco mostra-se como sendo um novel modelo do direito[652].

Verifica-se diante disso, que a chamada imputação de resultados tardios, a qual é decorrente da teoria da imputação de resultados, busca confrontar as intricadas questões encontradas no âmbito da responsabilidade objetiva que abarcam o nexo de causalidade.

4.16.4 Possibilidades do provimento liminar e superveniência da sentença

Considerando que o provimento liminar, sendo de caráter mandamental ou executivo *lato sensu*, possui eficácia imediata, é certo também, que tal eficácia é provisória ou temporária. Será provisória, quando houver a admissibilidade da eficácia do provimento liminar até a sentença, onde aquele será trocado por esta. Já quando se admitir a referida eficácia enquanto permanecer a circunstância objetiva de perigo, isso independentemente da ocorrência desta, tratar-se-á de eficácia temporária.

Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida[653] entende que "a eficácia da liminar, dependendo do caso concreto e da situação objetiva de perigo, poderá subsistir até, pelo menos, o julgamento dos recursos ordinários, quando então a sentença já terá sido reexaminada uma vez, pó uma instância superior, ficando mantida ou não".

Objetivando oferecer uma maior efetividade no que se refere à tutela jurisdicional, hodiernamente, no âmbito das ações coletivas, alguns diplomas legais, congregaram o princípio de que todos os recursos possuem como regra o efeito meramente devolutivo. Ressalva, porém, que de acordo com o caso concreto, em havendo o perigo de dano irreparável à parte, o juiz poderá conferir efeito suspensivo.

---

[651] Pedro Miranda de Oliveira citado por Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, ibid., p. 371.

[652] Ao cuidar do conceito de risco, Luhmann afirma que, inicialmente poder-se-iam impedir a totalidade das lesões através de nossas decisões, considerando a noção de risco (Luhmann citado por Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, ibid., p. 371).

[653] Yatsuda Moromizato Yoshida, ibid., p. 378.

4.16.5 Incidente de suspensão de liminar ou de sentença

Uma questão merece relevo: é inconstitucional o incidente de suspensão de liminar em sede de ação civil pública? Naturalmente que a resposta é não. É possível sim a suspensão de toda e qualquer liminar, inclusive no processo coletivo. A decisão que determina tal suspensão, aliás, como todo ato de governo, pode ou não ser inconstitucional, dependendo da situação e dos valores em questão.

Cuidando-se de eficácia de liminar ou ainda de sentença favorável na ação civil pública, e também no caso de outros tipos de ações mandamentais ou executivas *lato senso*, poderá o Presidente do Tribunal a quem couber o conhecimento do determinado recurso, a requerimento da pessoa jurídica de direito público que tiver interesse e ainda do Ministério Público, suspendê-la em despacho fundamentado, de forma a evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Nesse diapasão já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: "AGRAVO REGIMENTAL - **SUSPENSÃO DE LIMINAR EM AÇÃO CIVIL PUBLICA** - DEFERIMENTO - PLANOS DE SAÚDE - PROGRAMA DE INCENTIVO A ADAPTAÇÃO DE CONTRATOS - PEDIDO DE SUSPENSÃO - DEFERIMENTO - INTERESSE PÚBLICO E GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS CONFIGURADOS"[654]. (Grifos nossos)

---

[654] Vejam *in literis* os argumentos do Relator Ministro Edson Vidigal: "1. Configurada lesão à ordem pública porque ao suspender não apenas a propaganda institucional, mas todo o PIAC - Programa de Incentivo à Adaptação de Contratos, instituído em cumprimento do que determina a Lei nº 10.850/04, a liminar atacada privou os consumidores da atuação regulamentadora da ANS quanto à aferição e fiscalização do cumprimento, pelas operadoras, das providências necessárias à adaptação e migração dos contratos não abrangidos pela Lei nº 9.656/98. 2. Não é razoável a obstrução de um Programa desenvolvido a nível nacional com o objetivo de estender as garantias dadas pela Lei nº 9.656/98 aos milhões de usuários de planos de saúde, apenas por suposta irregularidade na atuação de duas operadoras de planos de saúde. 3. A suspensão abrupta do PIAC a nível nacional implica desperdício dos recursos públicos já despendidos na execução do Programa, configurando lesão à economia pública. 4. Na via excepcional da suspensão não se examina erro de julgamento ou de procedimento, devendo o Presidente ater-se à potencialidade lesiva do ato decisório atacado. 5. Não infirmados os motivos autorizadores da medida, deve ser mantida a suspensão, notadamente porque inegável a ofensa aos bens jurídicos protegidos pela norma de regência. 6. Agravo regimental não provido. (Proc. AgRg na SL 121 / PE AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR 2004/0110397-4, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL (1074), Órgão Julgador: CE - CORTE ESPECIAL, Julgado em 25/10/2004, Publicado em DJ 06.12.2004 p. 173 RSTJ vol. 193 p. 27, Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial, do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Hamilton Carvalhido, Francisco Falcão, Franciulli Netto, Luiz Fux, Castro Meira e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Nilson Naves, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Francisco Peçanha Martins, Ari Pargendler, Gilson Dipp, Eliana Calmon e Paulo Gallotti. Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Gilson Dipp foram substituídos, respectivamente, pelos Srs. Ministros Castro Meira e Hélio Quaglia Barbosa)".

Segundo Marcelo Abelha Rodrigues[655], o pedido de suspensão de execução de decisão judicial é figura própria, apresentando-se como peculiar incidente processual voluntário, não suspensivo, portanto, do processo principal, possuindo manifesta finalidade preventiva[656].

Inicialmente tal situação foi presumida para aquelas ações disciplinadas pela Lei n. 4.348/64 (Mandado de Segurança), posteriormente passou a ser utilizada também, no âmbito das decisões proferidas em sede de ação civil pública (Lei n. 7.347/85, art. 12, § 1º).

No entanto, foi a partir da Lei n. 8.437/92, que ocorreu o alargamento da possibilidade do cabimento daquela aos mais diversos tipos de tutelas e ações intentadas contra o Poder Público. Ademais, para o deferimento da suspensão, passou a ser necessária a flagrante ilegitimidade, além daquelas habituais condições metajurídicas (grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas), senão vejamos o que diz o artigo 4º da referida lei: "Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas".

Ainda nesse mesmo artigo, destaca-se, o § 1º, o qual se dirige à sentença, sendo evidente, porém, que a Lei 9.494/97 (lei que disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública) abriu a mesma possibilidade em se tratando de decisões em antecipação de tutela.

---

[655] RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Suspensão de segurança – sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o poder público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 83-84.

[656] "Não se trata de recurso, mas de medida de natureza cautelar, de competência originária do presidente do tribunal, visando à suspensão provisória dos efeitos de decisão judicial, uma vez verificadas as circunstâncias previstas na legislação respectiva". (BUENO, Cássio Scarpinella. **Liminar em mandado de segurança - um tema com variações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 189).

5 CONCLUSÕES

Da omissão que nega a efetividade de preceitos fundamentais infere-se que o Estado (personificado pelas classes dominantes, remanescentes burguesas) cedeu às conjunturas porque irresistíveis, mas como quem não quer se dar por vencido passa a mitigar as conquistas democráticas, muito possivelmente por estar representado pela elite - essa oligarquia preocupada em defender seus próprios interesses. Desse modo, estaríamos mesmo diante de um grande "disfarce ideológico" que mais serve a propósitos escusos e de entrave à concretização das conquistas constitucionais e esta certamente seria uma das explicações para a não concretude plena das regras constitucionais, em especial do direito à saúde.

A história não ensina apenas aos estudiosos e amantes da literatura, mas, sobretudo os governantes buscam direcionar suas ações grandemente através das experiências e vivências dos colegas do passado. A história provou que o povo tem limites de tolerância às práticas antidemocráticas, assim, em nome da "governabilidade", o que se faz é criar válvulas ou mecanismos de escape, utilizados sempre que se aproxima desses limites, para que não ocorram as revoluções. Por isso não é tão fácil detectar o quão frágil é nossa democracia.

Eis então uma causa da inefetividade da Constituição e do pleno direito à saúde, mas não a única. Isto porque a ausência do chamado "sentimento constitucional" tem alargado os limites da tolerância e tornado fértil o terreno para acomodação, além de abrir caminho para o assentimento ficto do povo.

As perspectivas de realização do "Bem-estar social" não estão esgotadas e que o direito à saúde enquanto direito social fundamental, não pode ser negado, total ou parcialmente, a qualquer pretexto, sob pena de grave violação à Constituição.

Com a aplicação da ação civil pública para tutela dos direitos coletivos (*lato* sensu) é possível verificar uma maior participação da população no controle social do poder. Revela-se, portanto, um instrumento processual de participação do cidadão na vida política do Estado. Não do cidadão individualmente considerado, como na ação popular, mas sim organizado em grupos, associações, sindicatos, além de entes públicos como Ministério Público, União, Estado, Município e Distrito Federal, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedade de economia mista e entes ou órgãos da Administração Pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, não descaracteriza a participação democrática por meio da ação civil pública, apenas estabelecem-se como "corpos intermediários" entre a sociedade civil e o Estado, juntando, integrando e defendendo, muitas vezes, direitos fundamentais não

observados pelo detentor do poder político – direitos, aliás, que pertencem ao mesmo tempo a todos e a ninguém em particular. A democracia participativa, nesta seara, é jurisdicional da ação civil pública para evitar, corrigir, anular e reparar danos sociais ou a determinados grupos.

A ação civil pública possui objeto amplo, mas, não pode ser utilizada quando despicienda ou inidônea processualmente. A razão da eficiência da ação civil pública na tutela dos direitos fundamentais encontra-se, sobretudo, nos reflexos obtidos pela sentença prolatada. A coisa julgada deve ser entendida como uma maneira, ou uma qualidade, pela qual o efeito se manifesta, qual seja a sua imutabilidade e indiscutibilidade.

Sobressai, pois, o princípio da eficiência, como princípio de interpretação efetiva, capaz de imprimir à norma constitucional máxima eficácia possível. O princípio da eficiência será invocado como critério interpretativo nas situações em que haja dúvida quanto à melhor interpretação possível, devendo-se optar pelo sentido que lhe confira maior eficácia.

O atual diploma procedimental não considera a *res iudicata* como um efeito da sentença. Sem abandono da coisa julgada entre as partes, o sistema processual brasileiro foi obrigado a se adaptar a sua nova realidade, voltada também para a resolução de conflitos de massa, dando tratamento aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Assim, a coisa julgada nas ações coletivas possui características decorrentes da natureza da relação jurídica substancial protegida. Todas as relações serão igualmente beneficiadas, ou todas igualmente prejudicadas, conforme a sentença conceda ou recuse a tutela pleiteada para o interesse que lhes é comum.

A extensão dos efeitos da sentença prolatada nas ações civis públicas abrange a todos os representados pelo autor da demanda coletiva, inclusive os interesses individuais homogêneos, neste caso, apenas cumpre a ressalva de que ainda caberá uma outra instância avaliativa para verificar se o critério de relevância social também contempla o caso que se pretende.

Em se tratando do direito à saúde, como fora salientado, em razão de suas características relacionadas a própria existência humana, a relevância sociais é mais do que óbvia, dispensando maiores reflexões na maioria dos casos. Assim, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, para o interesse difuso, e *ultra partes*, para o coletivo – inclusive os eventualmente coletivos (individuais homogêneos).

A área da saúde pública, dentre outras, está recebendo decisões judiciais emblemáticas, em razão, sobretudo, da nova extensão do objeto da ação civil pública e de seu importante papel no controle jurisdicional dos atos administrativos e até das políticas

públicas. A reprovação do Estado ante uma ilegitimidade particular ocasionada pela sua participação comissiva ou omissiva é lance de melhora perceptível na implementação dos direitos fundamentais. Contudo, ainda revela pouca efetividade quando se trata das associações no exercício do direito de ação.

O direito à saúde é um direito social prestacional incluído dentre os serviços próprios do Estado (aqueles que se relacionam intimamente com as atribuições do Poder Público), que, como tal, não pode ser negado, total ou parcialmente, a qualquer pretexto, sob pena de grave violação à Constituição, devendo, sempre que for negado, individual ou coletivamente, ser concretizado de maneira igualmente eficiente por meio da ação civil pública. No entanto, em algumas situações, é possível invocar a razão saúde enquanto direito de defesa, justificando, assim, a necessidade de uma ação negativa do Estado em defesa da integridade física do cidadão.

O Código de Defesa do Consumidor inseriu grande avanço ao garantir que esses direitos individuais ascendessem ao *status* de coletivo (em sentido amplo) e pudessem ser defendidos coletivamente em juízo. Como prenunciado, são individuais homogêneos aqueles direitos ocasionalmente coletivos, entretanto que em razão da divisibilidade do direito titularizado, se vislumbra a possibilidade de possam ser buscados por intermédio de demandas coletivas e o saldo da ação beneficiar exclusivamente o indivíduo. Não se pode negar a magnitude dos "interesses individuais homogêneos", dotados de características distintas dos "interesses coletivos", não se cogitando serem "subespécies" desses últimos, como já pretendeu o STF.

O fato de a LACP ser de natureza essencialmente processual, não revela qualquer incompatibilidade com nenhuma das normas inseridas no Título III do CDC, tampouco os direitos sociais fundamentais. Até pelo contrário, como demonstrado, tais interesses, embora pertinentes a pessoas naturais, se visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, transcendem a esfera de interesses puramente individuais e passam a constituir interesses da coletividade como um todo, impondo-se a proteção por via de tutela coletiva, em razão, sobretudo, o caráter público que assume. No entanto, embora o microsistema que se forma essencialmente a partir desses dois diplomas legais seja apto a gerar eficácia, por uma questão de eficiência, ainda padece o Estado brasileiro pela ausência de um Código de Processo Coletivo.

O direito à saúde depende, na sua atualização, da satisfação de uma série de pressupostos de índole econômica, política e jurídica; contudo, as perspectivas de realização do Estado Social não estão esgotadas e o papel da justiça constitucional não deve ficar

reservado à compreensão procedimental da Constituição, assim a realização dos valores substanciais, a pretexto da juridicização da política, não podem ser negados à sociedade.

O Estado através das leis, atos administrativos e da real criação de instalações para a prática dos serviços públicos, deve definir, executar e implementar as chamadas 'políticas sociais' (aí incluída a "saúde pública") que facultem o gozo dos direitos constitucionalmente protegidos, observando os princípios constitucionais que regem a Administração Pública (art. 37, CF/88), em especial, o princípio da eficiência.

No entanto, o Judiciário, mais do que qualquer dos poderes, ainda não conseguiu se libertar das amarras liberais, assim como também é importante destacar que o Legislativo e o Executivo embora tenham atualizado o discurso, e até criado "leis modernas", "maquiavelicamente", ainda guardaram para si a prerrogativa de "dar" (ou não) o direito. Os meios jurídicos já existem. A prova disto é a ação civil pública. A questão a ser resolvida agora é muito mais de caráter cognoscitivo e político, portanto.

Nesse sentido, o advento da Constituição de 1988, torna urgente a necessidade de um novo magistrado (e promotor de justiça) e um novo Judiciário, em função de que toda solução possível para o adequado enfrentamento dos problemas aqui abordados, perpassa a educação como condição de cidadania. Percebendo isto, os autores do projeto de processo coletivo brasileiro já manifestam o intento de preparação de magistrados para atuarem no processo coletivo.

A perspectiva de um sistema de tutela coletiva de direitos ganhou azo a partir do momento que o artigo 117 do Código de Defesa do Consumidor passou a interagir com a Lei da Ação Civil Pública, maximizando a tutela dos interesses difusos e coletivos já identificados pelo legislador e instituindo um sistema processual coletivo até então inexistente em nosso país.

No que se refere à aplicação de ADPF's nos moldes acima propostos, entendemos que controvérsias entre leis ou atos de governo e normas constitucionais, não são hipóteses idênticas ao descumprimento por parte da Administração Pública de um preceito fundamental, e devem, portanto, ser resolvidas em sede de controle de constitucionalidade difuso ou concentrado, conforme o caso.

A tentativa de sugestionar o legislador ordinário consubstancia manobra para ampliar, irregularmente, as competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal, que conforme jurisprudência e doutrina pacíficas, somente podem ser fixadas pelo texto magno. Tal empreitada pode ser explicada pelo fato de que a legitimidade para propor a ADPF ficou restrita às pessoas e órgãos legitimados à ação direta de inconstitucionalidade, em

contraposição à inegável ampliação de acesso à jurisdição constitucional proporcionada pela ação civil pública, sobretudo na tutela subjetiva de direitos individuais homogêneos.

Tal resistência pode ser explicada na tradição do *civil law* à brasileira, que em matéria de tutela coletiva de direitos resiste em romper com a forma, a qual durante muito tempo manteve o processo como instrumento de manutenção do *status quo*, nada obstante o discurso fosse de uma jurisdição não política.

Atualmente a ação civil pública apresenta um largo espectro social de atuação, permitindo o acesso à justiça de certos interesses supra-individuais que, de outra forma, permaneceriam num certo "limbo jurídico"; hipótese, portanto, de instrumento eficaz de acesso à ordem jurídica justa, apto a realizar os seus verdadeiros escopos jurídicos, políticos e sociais, o qual se revelou como instrumento eficiente na defesa de direitos transindividuais.

Como se observou, a ação civil pública prevista na Lei 7.347/85 e artigo 129, III, CF/88, enceta a idéia de fundamentalidade material, a qual insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. Daí por que mesmo sem estar topicamente dentre os direitos fundamentais merece esse *status*, pois, instrumentaliza conteúdos típicos de defesa e construção da cidadania.

Essa modalidade de ação provoca o exercício da jurisdição constitucional para tutela jurídica da ordem subjetiva, especialmente porque no trato com direitos fundamentais o alto grau de interesse público torna-se evidente, fato que tem determinado um procedimento especial (regulado em leis extravagantes), quase sempre insuficiente de mecanismos eficientes no Código de Processo Civil em vigor, contudo ainda integrantes do processo civil dito comum. Nesse sentido, quatro excelentes projetos para um Código Brasileiro de Processo Coletivo são apresentados à comunidade brasileira. Para além de notável qualidade técnica, todos esses projetos destacam-se pela constitucionalização dos direitos e democratização do Brasil.

A Constituição não é algo meramente ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é apenas um ideal; reclama efetividade real de suas normas. Assim, na aplicação das normas constitucionais, a interpretação deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana. Igualmente, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente.

Constatou-se que ao Poder Judiciário não se admite mais a inatividade diante da negação de acesso à saúde em sua dimensão coletiva (*lato sensu*: difusos, coletivos *stricto*

sensu e individuais homogêneos), sendo-lhe atribuída novel ocupação que se consubstancia na assunção do papel de órgão colocado à disposição de todos como instância organizada de solução de conflitos coletivos em sentido amplo. Isso ocorre, sobretudo, em razão da presente politização da Justiça, compreendida, então, como ativismo judicial, conectado com a luta das partes em defesa de seus interesses e o acatamento à Constituição no que se refere à concretização das políticas públicas de saúde.

Uma das principais implicações de se compreender eficiência como "direito difuso da cidadania, é o controle judicial da atividade administrativa discricionária pelo Poder Judiciário. Neste sentido, faz-se mister salientar, que no que se refere ao campo de ação da Administração Pública sujeita à apreciação pelo Poder Judiciário, tal controle vem passando por um alargamento.

Assim, em última análise, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais eficiente para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Contudo, os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Ação civil pública e meio ambiente.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ADEODATO, JOÃO Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situações e limites. In: **Constitucionalizando direitos:** 15 anos da Constituição Brasileira de 1988. Coordenado por Fernando Facury Scaff. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____ . **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fudamentales.** Tradução de Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. **El concepto y la validez del derecho y otros ensayos.** Tradução de Jorge Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. **Teoria del discurso y derechos humanos.** Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho. N.º 1. Tradução e introdução de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

_____. **Constitucionalismo discursivo.** Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **A proteção jurídica do consumidor.** 2. ed. rev., atual., e ampli. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2003.

ALONSO JÚNIOR, Hamilton. **Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais. In: **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. Coordenado por Edis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ALVES, Fábio Wellington Ataíde. O juiz: retrospectiva e perspectivas. In: **Revista Jurídica *Verba Volant, Scripta Manent.*** V. 3, n. 1, (dez. 2007), p. 11-29. – Patos: FIP (Faculdades Integradas de Patos, 2007. Anual.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo.** 10. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALVIM, Teresa Arruda. **Apontamentos sobre ações coletivas.** Revista de Processo, São Paulo: v. 19, nº 75, p. 273-283, jul. / set. 1994.

AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual civil**. V. 19. ed. São Paulo, Saraiva, 1997.

ANTUNES, Paulo Bessa. O papel do Ministério Público na ação civil pública. **Revista da Procuradoria-Geral da República**, v. 7, p. 126-127.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ARANTES, Priscilla Lacerda Junqueira de. **O princípio da igualdade substancial na teoria contratual contemporânea.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARENDET, Hanna. **A condição humana.** Tradução Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de; *et al*. **Código do Consumidor comentado**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – Da definição à ampliação dos princípios jurídicos.** 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais.** 2. ed. Atualização de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2004.

BARBOSA, Ana Paula Costa. **A legitimação dos princípios constitucionais fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARBOSA, Samuel Rodrigues. O STF como guardião da história jurisprudencial da Constituição. In: **Diálogos constitucionais:** Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Coordenado por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martônio Mont'Alverne Barreto Lima. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 477-495.

BARROS DIAS, Francisco **Revista do MP do Rio Grande do Sul**, n. 34, 1995, p. 175-176.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – Limites e possibilidades da Constituição brasileira.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva.** Coordenado por Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 23-59.

_____. A proteção do meio ambiente na Constituição Brasileira. **Revista Forense**, v. 317, p. 176-177.

BEDÊ, Fayga Silveira. **Sísifo no limite do imponderável ou direitos sociais como limites ao poder reformado**. In: Constituição e democracia. Estudos em homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho. Coordenado por Paulo Bonavides, Francisco Gérson Marques de Lima e Fayga Silveira Bedê. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 89-118.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: **Direito constitucional ambiental brasileiro**. Organizadores: José Joaquim Gomes Canotilho, José Rubens Morato Leite. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 57-130.

BENTO, Leonardo Valles. **Governança e Governabilidade na reforma do Estado:** Entre eficiência e democratização. Barueri: Manole, 2003.

BERLIN, Isaiah. **Vico e Herder.** Tradução de Juan Antônio Gili Sobrinho. Brasília: UNB, 1982.

BILHALVA, Jacqueline Michels. **A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto, **Curso de direito civil**. V.1. São Paulo: Forense Universitária, 1994.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação Celso Lafer. Nova Edição. 3. edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Locke e o direito natural.** Brasília: UNB, 2006.

_____. **Liberalismo e democracia.** Trad. de Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

_____. **Nem com marx, nem contra marx.** Organização Carlo Violi. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: UNESP, 2006.

_____. **Estado, governo e sociedade – para uma teoria geral da política.** 12. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____ . **Do estado liberal ao estado social.** 7. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Ciência Política.** 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. **Teoria do Estado.** 3. ed., 2. tiragem, rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Liminar em mandado de segurança - um tema com variações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. 2. Ed. Campinas: Millennium, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. 2ª Reimpressão. Coimbra, Portugal: Almedina, 2006.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador.** Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. **Canotilho e a Constituição Dirigente.** Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Organizador). 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: **Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales.** L. Favoreu et al. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 599-662.

_____. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** 2. ed. Reimpressão. Porto Alegre: SAFe, 1999.

_____. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFe, 1993.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede.** Tradução de Roneide Venâncio Majer. Atualização para a 6ª edição por Jussara Simões – (A era da informação: economia, sociedade e cultura. V. 1). São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CHÂTELET, François; PISIER-KOUCHNER, Évelyne. **As concepções políticas do século XX***:* história do pensamento político. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. Rio de Janeiro: Zahar, 1983.

CHAUÍ, Marilena. **A nervura do real:** imanência e liberdade em Espinosa. São Paulo: companhia das Letras, 1999.

_____ . **Convite à filosofia.** 12ª ed., 3ª impres., São Paulo: Ática, 2001.

CÍCERO, Marco Túlio. **Da república.** Supervisão de Jair Lot Vieira. Tradução e notas de Amador Cisneiros. Bauru: EDIPRO, 1995 (Série clássicos).

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva.** Coordenado por Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 231-243.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional.** 2. ed., rev. e aument. Porto Alegre: SAFe, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. O ministério público na defesa dos direito econômicos, sociais e culturais. In: **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva.** Coordenado por Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 244-260.

_____. Democracia: disfarce ideológico? **Revista Palavra de Ordem**. Informativo da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional da Paraíba, v. 30, Janeiro de 2006. p. 10-11

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; [et al]. **Canotilho e a Constituição Dirigente.** Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Organizador). 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. In: **Diálogos constitucionais:** Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Coordenado por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martônio Mont'Alverne Barreto Lima. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 225-232.

COUTINHO, Ana Luísa Celino. **Servidor público**: reforma administrativa, estabilidade, empregado público, direito adquirido. Curitiba: Juruá, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito romano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. Salvador: JusPODIUM, 2006.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. O que é um princípio? In: **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva.** Coordenado por Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 261-276.

CURY, Ieda Tatiana. **Direito fundamental à saúde:** evolução, normatização efetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DANTAS, David Diniz. **Interpretação constitucional no pós-positivismo**: teoria e casos práticos. 2. ed. São Paulo: Madras, 2005.

DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil:** processo coletivo. V. 4. 2. ed. Salvador: Podium, 2007.

_____. A competência jurisdicional para a ação civil pública e a regra do art. 109, § 3º da CF/88. Comentário ao acórdão do STF no RE 228.955-9, **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 5, 2003, p. 23-31.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** V. 1. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DUARTE, Bento Herculano. Princípios de direito do trabalho. In: **Manual de direito do trabalho – Estudo em homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros.** Coordenador Bento Herculano Duarte. São Paulo: LTr, 1998, p. 46-84.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito.** Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas-SP: LZN, 2003.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas. In: **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição.** Coordenado por George Salomão Leite. São Paulo: Malheiros, 2003.

ESPING-ANDERSEN, Costa. As três economias políticas do *Welfare State*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. *In: Lua Nova*: **Revista de Cultura e Política**, n. 24, setembro de 1991.

FARIA, José Eduardo. O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. In: **Direitos humanos, direitos sociais e justiça.** 1. ed. 4. tiragem. José Eduardo Faria (Organizador). São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 11-29.

_____ . Desafios do Judiciário. In: **Direitos humanos, direitos sociais e justiça.** 1. ed. 4. tiragem. José Eduardo Faria (Organizador). São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 30-51.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais.** Introdução de Cláudia Toledo e Luiz Moreira. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FEITOSA, Raymundo Juliano. Quinze anos da Constituição de 1988: o "fetichismo" como limite às possibilidades de concretização da Constituição Federal de 1988. In: **Constitucionalizando direitos:** 15 anos da Constituição Brasileira de 1988. Coordenado por Fernando Facury Scaff. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do garantismo penal. Prefácio: Norberto Bobbio. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito.** 4. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2003.

_____. **Interpretação e estudos da Constituição de 1988.** São Paulo: Atlas, 1990.

FERREIRA, Carlos Wagner Dias. A interpretação dos direitos fundamentais: interpretar é argumentar por meio de princípios. In: **Revista Direito e liberdade /** Escola de Magistratura do Rio Grande do Norte – Ano 3, v. 5, n. 1 (2005-). – Mossoró: ESMARN, 2007 – Edição Especial -, p. 197- 214.

FERREIRA, Pinto. Os instrumentos processuais protetores dos direitos humanos. In: **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva.** Coordenado por Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 589-615.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo.** 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Ato das disposições constitucionais transitórias: arts. 33 e 78 (este último introduzido pela Emenda Constitucional 30/2000). In: **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva.** Coordenado por Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 371-386.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso.** São Paulo: Loyola, 2001.

_____. **Microfísica do Poder.** 14. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa** – No regime jurídico-administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000a.

_____ . Eficiência Administrativa na Constituição Federal. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 10, junho/julho/agosto, 2007. Disponível na Internet: http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp. Acesso em: 29 de fevereiro de 2008, p. 1-15.

_____. **Revista de Informação Legislativa.** Um estudo sobre a relação entre o Estado e a propriedade privada a partir de John Locke, p. 191-192, Brasília a. 37 n. 148 out./dez. 2000b.

_____. Questões sobre a hierarquia entre as normas constitucionais na Constituição de 1988. In: **Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Pernambuco.** Vol. 2. Nº 4. Recife: ESMAPE, abril/junho de 1997, p. 467/495.

_____. **Perfil constitucional da função social da propriedade**, capturado de http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=676 , em 09 de dezembro de 2007.

FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. **Os direitos sociais e a Constituição de 1988:** crise econômica e políticas de bem-estar. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

FREITAS, Juarez. O controle social e o consumidor de serviços públicos. **RTDP**. São Paulo, n. 23, 1998.

_____. Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação. **RDA**, n. 204, abr.-jun. 1996.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade.** Tradução de Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

GIDDENS, Anthony. **A terceira via:** reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da democracia da social-democracia. Trad. de Maria Luiza Borges. 3. ed. tiragem. Rio de Janeiro: Record, 2000.

GIDI, Antonio. **A *class action* como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas.** São Paulo: Saraiva, 1995.

GOULART, Karine Borges. As organizações sociais. In: **Revista da Procuradoria Geral do INSS.** vol. 8, p. 17-37.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **A ordem econômica na constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRAU, Eros Roberto. Realismo e utopia constitucional. In: **Diálogos constitucionais:** Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Coordenado por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martônio Mont'Alverne Barreto Lima. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 133-144.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro.** V. 1, 17 ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. **Código brasileiro defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____. **Direito processual coletivo.** In: Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos. 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. Coordenado por Paulo Henrique dos Santos Lucon. São Paulo: Atlas, 2006.

_____ . Direito processual coletivo. In: **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.** Coordenado por Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 11-15.

_____. Rumo a um código brasileiro de processo coletivo. In: **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios.** Coordenado por Édis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 13-16.

_____. Ações coletivas para tutela do ambiente e dos consumidores. A Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. In: **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: requisitos de admissibilidade. **Ação civil pública – Lei 7.347/85 – 15 anos**. 2. ed. Coordenado por Edis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores, **Seleções Jurídicas**, *COAD*, set. 1986.

_____. A ação civil pública refém do autoritarismo. In: **O Processo: Estudos e Pareceres.** São Paulo: Perfil, 2005.

_____ . Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência. In: **Ação civil pública – Lei 7.347/85 – Reflexos e reminiscências após 10 anos de aplicação**. Coordenado por Edis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GROPPALI, Alexandre. **Doutrina do Estado.** Traduzida da 8. edição italiana, por Paulo Edmur de Souza Queiroz. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1962.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: **Direito Administrativo Econômico.** Coordenador por Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 39-71.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais.** 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.

_____. **Introdução ao Direito Processual Constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez. **Dignidad de la persona y derechos fundamentales.** Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, S. A., 2005.

HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio.** Tradução de Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

_____ . **O discurso filosófico da modernidade:** doze lições. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **Consciência moral e agir comunicativo.** Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____ . **Escritos sobre moralidad y eticidad.** 1ª reimp., Tradução de Manuel Jiménez Redondo, Barcelona: Paidós, 1998.

HAMILTON, Alexander; MADISON E JAY. **O federalista.** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFe, 2002.

HARE, R. M. **A linguagem da moral.** Tradução de Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

HARTMAN, Robert S. **La estructura del valor**: fundamentos de la axiología científica. México: Fondo de Cultura Económico, 1959.

HAYEK, Friedrich A. **Os caminhos da servidão**. 2. ed. São Paulo: Globo, 1977.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFe, 1991.

HEGENBERG, Leônidas. **Lógica**: o cálculo de predicados. São Paulo: Herder, 1973.

HESSEN, Johannes. **Filosofia dos valores.** Tradução de L. Cabral de Moncada. São Paulo: Saraiva, 1946.

_____ . **Teoria do conhecimento.** 7. ed., Coimbra: Armênio Amado, 1987.

HOBBES, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.** Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HÖFFE, Otfried. **Justiça política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado. Tradução de Ernildo Stein. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de Serviços Públicos.** São Paulo: Dialética, 1997.

KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: **Dimensões da dignidade:** Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Coordenado por Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 153-184

KRELL, Andreas Joachim. A falácia da "Reserva do Possível": fruto de um direito constitucional comparado equivocado. In: **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (dês) caminhos de um direito constitucional "comparado".** Porto Alegre: SAFe, 2002.

_____. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: **A Constituição concretizada:** construindo pontes entre o público e o privado. José Luis Bolzan de Morais *et al.* Coordenado por Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** 4. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Serviço de Educação e Bolsas, 2005.

LAZZARI, João Batista. **As fontes de financiamento do Sistema Único de Saúde.** São Paulo: LTr, 2003.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. A ação civil pública e a ideologia do Poder Judiciário: o caso do Distrito Federal. **Revista do MP do Rio Grande do Sul**, n. 35, 1995, p. 193 e ss.

LEITE, George Salomão. **Interpretação constitucional e tópica jurídica.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____ ; LEITE, Glauco Salomão. A abertura da Constituição em face dos princípios constitucionais. In: **Dos princípios constitucionais – Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição.** Coordenado por George Salomão Leite. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 136-164.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Os direitos humanos de segunda dimensão e o problema do acesso à justiça dos interesses metaindividuais dos trabalhadores. **Revista do Ministério Público do Trabalho do Rio Grande do Norte/**Procuradoria Regional do Trabalho **–** 21ª Região. V. 6, n. 6, p. 102-117, (agosto 2005) – Natal: PRT – 21ª Região – 2005. Anual.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LEYSER, Maria de Fátima Vaquero Ramalho. Competência nas ações coletivas. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Instituto Toledo de Ensino, n. 19, Bauru, ago.-nov. 1997.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIMA, Cláudio Emanuel Correa. **O Simbolismo em Maquiavel:** Ensaio em duas partes. Fortaleza: EUFC, 2000.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Idealismo e efetivação constitucional: a impossibilidade da realização da Constituição sem a política. In: **Diálogos constitucionais:** Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Coordenado por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martônio Mont'Alverne Barreto Lima. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 375-385.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos**: consumidor - meio ambiente – trabalho – locação - autor. 3. ed. rev. atual. e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LUCENA, Cíntia. Direito à saúde no constitucionalismo contemporâneo. In: **O direito à vida digna.** Raquel Rios; Ana Cláudia Nascimento *et al*. Coordenado por Carmén Lúcia Antunes Rocha. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento.** Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: UNB, 1980.

_____. **Sociologia do Direito I.** Biblioteca Tempo Universitário 75. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A proteção dos usuários de serviços públicos – a perspectiva do direito do consumidor. In: **Direito Administrativo Econômico.** Coordenado por Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 239-254.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública:** em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: lei 7.347/85 e legislação complementar. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Ação popular**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos**. São Paulo: Saraiva, 1984.

MARANHÃO, Clayton. **Tutela jurisdicional do direito à saúde**: Arts. 83 e 84, CDC. Coleção temas atuais de direito processual civil. V. 7. Coordenada por Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. 5. ed. rev., atual. e ampl., v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Tutela inibitória (individual e coletiva).** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____ ; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos.** São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A discricionariedade administrativa à luz do princípio da eficiência. **Revista dos Tribunais**, nº 789, jul. 2001.

MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. Regulamentação da democracia direta e a divisão dos poderes no Brasil. In: **Diálogos constitucionais:** Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Coordenado por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martônio Mont'Alverne Barreto Lima. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 47-61.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição brasileira.** 5. ed. Vol. II. São Paulo: Freitas Bastos, 1954.

MAZZILLI, Hugro Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Introdução ao Ministério Público.** 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. O inquérito civil e o poder investigatório do Ministério Público. In: **A ação civil pública após 20 anos**: efetividade e desafios. Coordenado por Édis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 221-245.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. A evolução do perfil institucional do Ministério Público. **Revista do Ministério Público do Trabalho do Rio Grande do Norte/**Procuradoria Regional do Trabalho **–** 21ª Região. V. 6, n. 6, p. 46-68, (agosto 2005) – Natal: PRT – 21ª Região – 2005. Anual.

MEIRELES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data", ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguiçõa de descumprimento de preceito fundamental.** 23. ed., atualizada por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo, Malheiros, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. **Direito administrativo brasileiro.** 26. ed., São Paulo, Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 20. ed., rev. e atual. até a EC 48, de 10.08.2005. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____ . **Discricionariedade e controle judicial.** 2. ed. 7ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. "Relatividade" da competência discricionária. **Revista de Direito Administrativo** nº 212, abr.-jun. 1998, p. 54-55.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade.** São Paulo: IBDC, 1999.

_____. Ação civil pública e controle de constitucionalidade. In: **A ação civil pública após 20 anos:** efetividade e desafios. Coordenado por Édis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 195-205.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MENDONÇA, Fabiano. **Limites da Responsabilidade do Estado.** Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A coisa julgada no código de defesa do consumidor. Coisa julgada, nº. 4.2, p. 35-36; Rio de Janeiro: Forense, 2004; **Revista Forense**, v. 326, 1994, n. 13, p. 82.

MEZZAROBA, Orides. A transpersonaliação dos atores políticos no processo de reconstrução do modelo democrático de Estado de Direito: o caso das organizações partidárias. In: **Diálogos constitucionais:** Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Coordenado por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martônio Mont'Alverne Barreto Lima. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 397- 417.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. São Paulo: RT, 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946.** 2. ed., rev. e aumentada. Vol. II. São Paulo: Max Limonad, 1953.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 2. ed. Coimbra: Coimbra (editora), 1983.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis.** Texto integral. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Apontamentos sobre a Reforma Administrativa.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Mutações no Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. As categorias de interesses na Constituição de 1988. In: **Revista Forense**, 307; 13-30.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. **Temas de direito processual** – 3ª série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988; *RePro* 28/19.

_____. A expressão "competência funcional" no art. 2º da lei da ação civil pública". In: **A ação civil pública após 20 anos**: efetividade e desafios. Coordenado por Edis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 247-255.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade:** os impostos e a justiça. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** (Coleção estudos de direito de processo Enrico Túlio Liebman; v. 21) 8. ed. rev. e atual. com as novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual extravagante em vigor.** 4. ed. São Paulo: RT, 1999.

NERY FERRARI, Regina Maria. Participação democrática: audiências públicas. In: **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva.** Coordenado por Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 325-351.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Marcelo. Concretização constitucional *versus* controle dos atos municipais. In: **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva.** Coordenado por Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 566-588.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro.** Porto Alegre: SAFe, 2002.

_____. **Direitos fundamentais e argüição de descumprimento de preceito fundamental.** Porto Alegre: SAFe, 2004.

_____. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília – ano 43 – n° 170, abril/junho – 2006. (Separata / Senado Federal / Secretaria de Editoração e Publicações / Subsecretaria Especial de Edições Técnicas).

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. **Recurso especial.** Recursos no Processo Civil. V. 9. Orientação de Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. A ação coletiva de responsabilidade civil e seu alcance. In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). **Responsabilidade civil por danos a consumidores.** São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de processo**, RT, n 137, p. 7-31, agosto 2006.

_____. **Do formalismo no processo civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Maria José Galleno de Souza. **A defesa dos usuários de serviços públicos concedidos no Brasil.** São Paulo: Livraria Paulista, 2004.

OERTZEN DE ARAÚJO, Clarice von. **Semiótica do direito.** São Paulo: Qaurtier Latin, 2005.

PECES-BARBA, Gregorio. **La dignidade de la persona desde la filosofía del derecho**. 2. ed. Cuadenos "Bartolomé de las Casas". V. 26. Madrid: Universidad Carlo III de Madrid - Dykinson, 2003.

PERELMAN, Chäim. **Lógica jurídica:** nova retórica. 2. ed. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERES FILHO, José Augusto. **Responsabilidade do Estado no Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: iEditora, 2002.

PORTO NETO, Benedito. **Concessão de Serviço Público no regime da Lei n. 8.987/95.** 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito da saúde de acordo com a Constitucional Federal.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito.** *5. ed.* São Paulo: Saraiva, 1994.

RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: **Os clássicos da política.** V. 1. Coordenado por Francisco C. Weffort. São Paulo: Ática, 2005.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor - direito material.** São Paulo: Forense, 2000.

ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito:** tópica, discurso e racionalidade. Prefaciado por Tércio Sampaio Ferraz Junior. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência.** Tradução de Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: UFG; Brasília: UNB, 1997.

ROSS, Alf. **Direito e justiça.** Tradução de Edson Bini. Revisão técnica de Alysson Leandro Mascaro. 1ª reimpressão. Bauru: EDIPRO, 2003.

SALDANHA, Nelson. **Da teologia à metodologia:** secularização e crise do pensamento jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales.** Madrid: Trotta, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice:** o social e o político na pós-modernidade. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Fábio Bezerra dos. **Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo**: entre a heterossexualidade compulsória e a liberdade de composição familiar na Constituição de 1988. Natal. (ainda não publicado)

_____ ; SOUZA, Marina Josino da Silva. O princípio constitucional da eficiência na defesa do consumidor de serviços públicos. In: **Revista Direito e Liberdade.** V. 5, N. 1, p. 399. Mar. 2007. Edição Especial. ESMARN - Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte/Região Oeste.

_____ ; LIMA, Eduardo Leite. A eficácia do direito à saúde: um debate de cidadania, eficiência e desenvolvimento em tempos de crise. **Revista *Verba Volant, Scripta Manent.*** V. 2, n. 1, (dez. 2006), p. 29-50, Patos: FADIP – Faculdade de Direito de Patos, 2006, ISSN: 1809-0699. Anual.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Dimensões da dignidade.** Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2005.

SAVIAN FILHO Juvenal, Derrida e a defesa da honra da razão, In: **Revista Cult, Dossiê: Psicanálise, linguagem, justiça, arquitetura e desconstrução na obra de Jaques Derrida**, São Paulo: Bregantini, n. 117, set. 2007, ano 10, p. 41-43.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: **Diálogos constitucionais:** Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Coordenado por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martônio Mont'Alverne Barreto Lima. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 151.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución.** 4. reimp. Presentación de Francisco Ayala. Epílogo de Manuel García-Pelayo. Versión espanhola de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 2003.

_____. **La defensa de la Constitución.** 2. ed. Prólogo de Pedro de Vega. Madrid: Tecnos, 1998.

SCHWARTZ, André Doederlein Germano. **Direito à saúde:** efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEMERARO, Giovanni. **Gramsci e a sociedade civil.** Cultura e educação para a democracia. Petrópolis: Vozes, 1999.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução de Laura Teixeira Motta. Revisão técnica de Ricardo Doninelli Mendes. 5ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política.** Coleção Justiça e Direito. Tradução de Fernando Santos. Revisão de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____ . **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 6. ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Processo constitucional de formação das leis.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Ação popular constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

SOARES, Alcides Ribeiro. Relações entre direito, sociedade e economia. In: **Direito, sociedade e economia.** Alaôr Caffé Alves... [et al]. Barueri: Manole, 2005.

SOARES, Guido Fernando Silva. ***Common law*:** introdução ao direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOUZA, Jessé. A singularidade ocidental como aprendizado reflexivo: Jürgen Habermas e o conceito de esfera pública. In: **A modernização seletiva: uma interpretação do dilema brasileiro.** Brasília: UNB, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica:** Uma nova Crítica do Direito. 2. ed. rev. e ampli. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____ . **Verdade e consenso:** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____ . **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público.** 4. ed., 7ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.

TARUFFO, Michele. Modelli di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi. In: ***La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffussi.*** Coordenado por Lucio Lanfranchi. Torino: Giappichelli, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional.** Coleção Professor Gilmar Mendes. V. 1. Coordenado por André Ramos Tavares. São Paulo: Método, 2006.

_____ . Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional. In: **Dos princípios constitucionais.** Coordenado por George Salomão Leite. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 44-45.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. **O princípio da eventualidade no processo civil.** Coleção temas atuais de Direito Processual Civil, v. 10. Coordenado por Luiz Guilherme Marinoni e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEUBNER, Günther. **Direito, sistema e policontexturalidade.** Apresentação de Dorothee Susane Rüdiger. Introdução de Rodrigo Octávio Broglia Mendes. Piracicaba: Editora Unimep, 2005.

_____. RÜDIGER, Dorothee Susanne [et al]. **Direito e cidadania na Pós-modernidade.** Piracicaba: UNIMEP, 2005.

_____. **O direito como sistema autopoiético.** Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual.** 44. ed., v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____ . ***Class action*** **e mandado de segurança coletivo.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **La eficácia de los derechos fundamentales frente a particulares**: Análisis de la jurisprudência del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales – Boletín Oficial del Estado, 1997.

VERDÙ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional:** Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução e Prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais:** uma leitura da jurisprudência do STF. Colaboração de Flávia Scabin. São Paulo: Malheiros, 2006.

VIGLIAR, José Marcelo. **Tutela jurisdicional coletiva, nº. 2.6.12, p. 182; A lei nº. 9.494, de 10 de setembro de 1997, e a nova disciplina da coisa julgada nas ações coletivas:** inconstitucionalidade. São Paulo: Atlas, 1998.

VILANOVA, Lourival. Norma Jurídica — Proposição Jurídica (significação semiótica). In: **Revista de Direito Público**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, ano XV, jan./mar.-1982, n. 61.

_____. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo.** São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. **Lógica jurídica.** São Paulo: Bushatsky, 1976.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem.** 2ª versão. 2ª edição aumentada. Com a colaboração de Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: SAFe, 1995.

WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e problemas emergentes da práxis forense. **Revista de processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 7, nº 67, jul. set. 1992.

_____. Demandas coletivas e os problemas emergentes da *práxis* forense. **RePro** 19/16-25.

WEBER, Max. **Economia e sociedade:** fundamentos da sociologia compreensiva. vol. 2. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 1999.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos.** 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.

WEFFORT, Francisco C. *et al*. **Os clássicos da Política.** V. 1. Série Fundamentos 62. Coordenado por Francisco C. Weffort. 13. ed. São Paulo: Ática, 2005.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Coleção *Os pensadores*. Tradução de José Carlos Bruni. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

_____ . **Tractatus Logico-Philosophicus.** 2ª ed., Traduçao de Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: USP, 1999.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pressuposto de legitimação para se pensar a justiça e o pluralismo no direito. In: **Direito e Legitimidade.** Jürgen Habermas; Peter Härbele; Otfried Höffe [et al]. Coordenado por Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira. Tradução de Cláudio Molz e Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Landy, 2003, p. 416-425

WRIGHT, G. Herik Von. *Reencuentro con la lógica deóntica*, In: **Derecho, Filosofia y Lenguaje**: Homenaje a Ambrosio L. Gioja. Vários autores, Buenos Aires: Astrea, 1976, p. 225/235.

_____ . *Ser e deber ser*. In: **La normatividad del derecho.** Coord. Aulis Aarnio, Ernesto Garzón Valdés e Jirki Uusitalo, Barcelona: Gedisa, 1997.

_____ . **Normas, verdad y lógica.** Tradução de Carlos Alarcón Cabrera. México: Fontamara, 1997.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo** - Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Ação civil pública: competência para a causa e repartição de atribuições entre os órgãos do Ministério Público. **Tutela coletiva**. Coordenado por Paulo Henrique dos Santos Lucon. São Paulo: Atlas, 2006.

Internet. In: http://pt.wikipedia.org/wiki/Filosofia_anal%C3%ADtica, acessado em 21.02.2008, às 18:00 hs.